Der Einfluß des Konkurses auf einen unter Eigentumsvorbehalt abgeschlossenen Kaufvertrag

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- u. staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Vorgelegt von Karl Franke

1931

Druck: Greil-Druckerei G. m. b. H., Greiffenberg i. Schlesien

Gedruckt
mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter:
Geheimrat Professor Dr. Schott.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548224_0022

Gliederung.

A. Einleitung — Seite

I. Kurze geschichtliche Darstellung des Eigentumsvorbehalts 9
II. Seine wirtschaftliche Bedeutung 12

B. Die juristische Natur des Eigentumsvorbehalts 14

I. Sein Anwendungsgebiet 15
II. Seine rechtlichen Wirkungen 18
1. Der bedingte Übereignungsvertrag 19
2. Das Besitzrecht während der Schwebezeit 20
3. Das vertragliche Rücktrittsrecht 23
4. Die Gefahrtragung in der Schwebezeit 24

C. Der Einfluß der Konkurseröffnung auf den Eigentumsvorbehalt und die Rechtslage bei Eröffnung desselben 26

I. Im Konkurse des Käufers 27
1. Das Wahlrecht des Konkursverwalters nach § 17 KO. 29
2. Das Aussonderungsrecht des § 43 KO. 34
3. Die Ersatzaussonderung des § 46 KO. 37
4. Die Konkursforderung des restlichen Kaufpreises 42
5. Kann der schon geleistete Teil des Kaufpreises zurückgefordert bezw. aufgerechnet werden? 43
6. Die Wirkungen des Eigentumsvorbehalts bei vereinbarter auflösender Bedingung 46
II. Im Konkurse des Verkäufers 48

Literaturverzeichnis.

Achilles-Greif: Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl. 1927.
Behrens: Der Eigentumsvorbehalt nach § 455 BGB. Diss. Göttingen 1903.
Brecht: Bedingung und Anwartschaft. In Iherings Jahrb. 61, S. 269 ff.
Caspari: Der Eigentumsvorbehalt nach dem BGB. Diss. Erlangen 1913.
Cohen: Die geschichtliche Entwicklung des Eigentumsvorbehalts. In Grünhuts Zeitschr. 21. Bd. S. 688—732.
Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd, 7. Aufl. 1922.
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902. 2. Teil.
Dathè: Die Wirkung der Konkurseröffnung auf gegenseitige Verträge des Gemeinschuldners, die von ihm oder dem anderen Teil noch nicht oder nicht vollständig erfüllt sind. Diss. Leipzig 1908.
Dernburg: Das bürgerliche Recht. 4. Aufl. 1915.
Dernburg: Pandekten.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 1910.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1903.
Enneccerus-Kipp-Wolf: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgem. Teil 1926, Recht der Schuldverhältnisse 1927.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 12. Aufl. 1913.
Fitting: Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. 3. Aufl. 1904.
Flatau: Die Pfändung des aufschiebend. Eigentumsrechts. Diss. Berlin 1909.
Frey: Das pactum reservati domini. Diss. Leipzig 1906.
Frommherz: Zwangsvollstreckung und Vermieterpfandrecht bei Leihmöbeln. In Zeitschr. f. den Ziv. Proz. 39, 477.
Fusshöller: Der Eigentumsvorbehalt nach dem gemeinen Recht und BGB. Berlin 1904.
v. Gierke: Deutsches Privatrecht. 1917.
Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1903.
Guyet: Der Eigentumsvorbehalt nach dem BGB. Diss. Jena 1910.
Hahn: Die gesammelten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen 4. Bd. 1881.
Hellmann: Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. 1907.
Hellwig: Die Übererweiterung des Eigentumsschutzes durch persönliche Ansprüche mit besonderer Beziehung auf die §§ 38 ff der Reichskonkursordnung. In Arch. f. ziv. Prax. 68, 217 ff.
Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung. 5. Aufl. 1916.
Jaffé: Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf. Diss. Leipzig 1910.
Kippenberg: Der Einfluß der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge. Diss. Leipzig 1907.
Lieprecht: Ein Beitrag zur Frage betr. die Pfändbarkeit der sog. Leihmöbel. In Bl. f. Rechtspfl. 1909. S. 13 ff.
Motive zum Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich. 1888.
Mentzel: Kommentar zur Konkursordnung. 1926.
Müller: Über das pactum reservati domini. In Arch. ziv. Prax. 12. Bd. S. 247 ff.
Oertmann: Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse. 4. Aufl.
Oetker: Konkursrechtliche Probleme und neuere Konkursliteratur. In ZZP. S. 25 ff.
Oetker: Konkursrechtliche Grundbegriffe. 1. Bd. 1891.
Oetker: Über den Einfluß der Eröffnung des Konkursverfahrens, auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge. 1890.

Planck: Kommentar zum BGB. Schuldverhältnisse 1923; Sachenrecht 1920.
Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung. 4. Aufl. 1900.
Pudor: Der Vorbehalt des Eigentums. Diss. Leipzig 1903.
Püschel: In LZ. 1904.
Protokoll der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB. 1899.
Reichsgerichtsrätekommentar, 6. Aufl. 1928.
v. Rintelen: Das Konkursrecht. 1890.
v. Sarvay-Bossert: Die Konkursordnung, 1901, 4. Aufl.
Seuffert: Das deutsche Konkursprozeßrecht 1899.
Sieburg: Das Aussonderungsrecht. Diss. Leipzig 1906.
Siméon-David: Recht und Rechtsgang. 1. Bd. 12./13. Aufl. 1923.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. 1926.
Sombart Moderner Kapitalismus. 2. Aufl. 1917.
Sydow-Busch-Krieg: Konkursordnung. 14. Aufl. 1926.
Schneider: Die sog. Ersatzaussonderung im Konkurse Diss. Breslau 1910.
Scherk: Die Einrede aus dem Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache. In Iherings Jahrb. 67. Bd. S. 301 ff.
Schlotter: Der Eigentumsvorbeh. i. Konkurse des Verkäufers. In LZ. 1911. S. 49 ff.
v. Staudinger: Kommentar zum BGB. und dem Einführungsgesetz, Allgem. Teil 1926; Schuldverhältnisse 1912; Sachenrecht 1926.
Staub: Kommentar zum HGB. 1926.
Stern: Der Eigentumsvorbehalt bei Veräusserung beweglicher Sachen. Diss. Jena 1907.
Sternburg: Der Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen im Konkurse des Verkäufers. In J. W. 1913, S. 581 ff.
Strohal: Grenzen der Urteilskraft bei betagter und bedingter Berechtigung. In der Festschr. f. Degenkolb, Leipzig 1905.
Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB. In Iherings Jahrb. 38, S. 1 ff.
Thiesing: Ist der Veräusserer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer? In Arch. bürg. R. 20 Bd. S. 240 ff.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts. 1918.
Warneyer: Kommentar zum BGB. f. d. Deutsche Reich 1928.
Willenbücher: Die Reichskonkursordnung. 2. Aufl. Berlin 1896.
v. Wilmowski-Kurlbaum: Deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl. 1906.
Wolff: Die Konkursordnung. 2. Aufl. 1921.
Wolff: Massegläubiger im Konkurse. In ZZP 22. Bd.

Abhandlungen, Zeitschriften, Entscheidungen.

Archiv für bürgerliches Recht.
Archiv für die zivilistische Praxis.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts.
Grünhuts Zeitschrift.
Iherings Jahrbücher.
Juristische Wochenschrift.
Leipziger Zeitschrift.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Seufferts Archiv für Entscheidg. der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts a. d. Gebieten des Zivilrechts.
Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß.

A. Einleitung.

1. Kurze geschichtliche Darstellung des Eigentumsvorbehalts.

Wie fast alle Rechtsinstitute, so hat sich auch der Eigentumsvorbehalt im Laufe der Zeit entwickelt. Es lassen sich hierbei drei Abschnitte unterscheiden: Das römische Recht, das gemeine Recht und die Partikulargesetzgebung.

Das Vorhandensein des Eigentumsvorbehalts im römischen Recht ist bestritten. Cohen gibt zu, daß Stellen des corpus iuris*) vorhanden sind, aus denen sich eventl. ein Eigentumsvorbehalt**) konstruieren läßt. Schon ein Rechtsgrundsatz der zwölf Tafeln des alten Roms wies auf eine solche Möglichkeit hin.***) Durch die kaufsweise Manzipation wie auch durch die kaufsweise Tradition wurde der Käufer kraft Gesetzes nur dann zum Eigentümer, wenn der Kaufpreis gezahlt, sichergestellt oder gestundet worden war. Es herrschte also auch schon im römischen Recht gemeinhin der Grundsatz, daß das Eigentum trotz erfolgter Uebergabe bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises kraft Gesetzes beim Veräußerer blieb. Häufig wurde jedoch die lex commissoria vereinbart, wenn der Verkäufer sich für den kreditierten Kaufpreis sichern wollte. Es war dies ein pactum adjectum, wonach der Kauf im Falle nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises vom Verkäufer gelöst werden konnte. Nach der herrschenden Ansicht kam der lex commissoria die Wirkung einer dinglich wirkenden Resolutivbedingung zu.****) Die neuere Literatur*****) nimmt zwar überwiegend an, daß bei den vorstehend angegebenen Stellen des corpus iuris an einen EV. nicht gedacht werden kann. Treffend sagt jedoch Thorsch S. 42, in seiner Abhandlung über den EV.. „daß der Eigentumsvorbehalt im römischen Recht zwar unbenannt, doch bekannt war."

*) L 17, D 18, 6; L 20, § 2, D 19, 2; L 13, D 19, 1; L 38, D 32, 2; L 20, D 43, 26.
**) Eigentumsvorbehalt = E V abgekürzt.
***) § 41 Inst. de rer. div. 2,1.
****) Dernburg, Pandekten II § 95, 6a.
*****) Dernburg, Jaffé und Cohen.

Dem ältesten deutschen Recht war der Eigentumsvorbehalt, der heute besonders im Kredithandel eine Hauptrolle spielt, unbekannt. Dies kam daher, daß im alten deutschen Recht der Barkauf das übliche Umsatzgeschäft bildete, der Kreditkauf jedoch wenig ausgebildet war. Ersatz fand man durch Abschluß des sog. Rentenkaufes oder durch Anwendung der außergerichtlichen Tradition. Jedoch konnte der Verkäufer hierdurch nicht genügend gesichert werden. Beim Rentenkauf hatte der Verkäufer keine Möglichkeit zur Kündigung. Im anderen Falle konnte das formlos tradierte Grundstück seitens des Käufers an einen Dritten für den Verkäufer völlig verloren sein, da er keinen Anspruch mehr darauf hatte. Auch die Einräumung eines Wiederkaufsrechts — des sog. pactum revendendo — war nur ein unzulängliches Ersatzmittel. All diese Institute waren nur Vorläufer des eigentlichen Vorbehalts, die, wenn auch vielleicht äußerlich dem heutigen EV. ähnlich, doch eine ganz andere Bedeutung wie dieser hatten. Der alte EV. diente auch hauptsächlich dem Immobiliarverkehr, während der jetzige lediglich im Fahrnisrecht vorkommt. Seiner Anwendung auf Immobilien steht heute einmal das Publizitätsprinzip des modernen Grundbuchrechts, dann aber auch die bedingungsfeindliche Tendenz der Auflassung entgegen — vgl. § 925 BGB.

Das älteste bis jetzt bekannte Zeugnis von dem Vorhandensein des Eigentumsvorbehaltes ist die kursächsische Prozeßordnung von 1622*), während die erste Monographie über denselben 1706 erschienen ist.

In der Partikulargesetzgebung findet man zunächst im ALR. I, 11 §§ 266—271 Vorschriften über das pactum reservati domini, wie sich dasselbe im gemeinen deutschen Recht gewohnheitsrechtlich ausgebildet hatte. Daraus erklärt es sich auch, daß im ALR. die kassatorische Klausel als EV. bezeichnet wurde, denn nach I 11 § 269 ALR. war bei Vereinbarung eines bestimmten Zahlungstermines der ganze Vertrag von der auflösenden Bedingung der Zahlung des Kaufpreises abhängig. Beim Eigentumsvorbehalt wird aber nicht das Geschäft selbst, sondern nur der Eigentumsübergang in Frage gestellt. Im ALR. trifft man auch zum ersten Male den Gedanken einer Restkaufgeldhypothek, der später im § 26 des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. V. 1872 aufgenommen wurde. Danach galt der Eigentumsvorbehalt bei Grundstücken soviel wie die Bewilligung einer Hypothek für die zu sichernde Forderung des Verkäufers. Eine solche Vorschrift, wonach der Eigentumsvorbehalt bei Immobilien als Hypothek eingetragen werden sollte, hat das BGB. nicht aufgenommen.

*) Spezialliteratur Jaffé, Frey, Müller im Arch. f. ziv. Prax.

Nach dem Waldeck'schen Gesetz vom 8. Juni 1863 bleibt der Verkäufer einer unter EV. verkauften Sache Eigentümer derselben. Hier ist also die Wirkung einer aufschiebenden Bedingung vorhanden. Einige andere Gesetze stellen den Eigentumsvorbehalt dem Vorbehalt eines Pfandrechts gleich; so z. B., das sächsische BGB., und zwar bei Veräußerung beweglicher Sachen zwecks Sicherung der Forderung. Verfolgt der Eigentumsvorbehalt einen anderen Zweck als den vorgenannten, so liegt im Zweifel eine Suspensivbedingung vor. Nach dem sächsischen Gesetz über Grund- und Hypothekenbücher von 1843 hat der Verkäufer beim Eigentumsvorbehalt von Immobilien einen Anspruch auf Eintragung. Dieselbe Bestimmung findet man auch im mecklenburgischen Landesgesetz von 1812 und im bayrischen Hypothekengesetz von 1822 (§ 15, II).

Andere Partikulargesetze, wie z. B. das Württembergische Pfandgesetz von 1825 und die Weimarischen Pfand- und Prioritätsgesetze von 1839, lassen den Eigentumsvorbehalt nur beim Verkauf von Immobilien zu und erklären den Vorbehalt bei Fahrnis für wirkungslos.

Ein Wendepunkt in der Geschichte des Eigentumsvorbehalts trat mit dem Entstehen des modernen Hypothekenwesens und mit der Aenderung des Konkursverfahrens ein. Die Grundsätze der Priorität, Spezialität und Publizität wurden eingeführt, mit deren Anerkennung dem Pfandverkehr seine Sicherheit wiedergegeben war, so daß der Verkäufer eines Grundstückes nun nichts mehr zu befürchten brauchte, wenn er sich durch eine vorbehaltene Hypothek für den Kaufpreis gesichert hatte. So wurden von dem pactum reservatae hypothecae die bisherigen Funktionen des Eigentumsvorbehaltes bei Immobilien übernommen, dieser selbst aber bedeutungslos. Jedoch sollte diese legislative Bestimmung, die das pactum reservati domini eben erst aus dem Bereiche des Immobiliarverkehrs verdrängt hatte, ihm ein neues Entwicklungsgebiet erschließen, das Gebiet des Mobiliarverkehrs. Während man bei Grundstücken das Prinzip der Publizität dadurch verfolgte, daß man Eintragung des Pfandrechts ins Grundbuch anordnete, verlangte man bei Mobilien aus demselben Grunde Uebergabe des Besitzes der verpfändeten Sache. Nun war aber hier nur eine Verpfändung in der Form des Faustpfandes möglich. Doch mußte dieses System bald zu Schwierigkeiten führen. War einerseits aus wirtschaftlichen Gründen die sofortige Ueberlassung der Kaufsache an den Schuldner noch vor Zahlung des Kaufpreises wünschenswert, so mußte andererseits auch der Gläubiger im Besitze der Pfandsache bleiben, wollte er sich nicht jeglicher Mittel dinglicher Sicherung wegen des kreditierten Kaufpreises begeben. Dieser unhaltbare Zustand wurde durch das pactum reservati domini behoben. Sein

eigenstes Gebiet wurde der Mobiliarverkehr und es entwickelte sich so zu dem schließlich auch ins BGB. aufgenommenen EV. Ueber die rechtliche Natur des EV. gehen die Ansichten weit auseinander*) Diese Streitigkeiten sind heute nun bedeutungslos, da das BGB. im § 455 bestimmte, daß im EV. im Zweifel eine Suspensivbedingung liege. Einig dagegen war man sich neben der Gültigkeit über den Zweck des pactum reservati domini, worüber im folgenden gesprochen werden soll.

II. Seine wirtschaftliche Bedeutung.

Der Eigentumsvorbehalt spielt im heutigen Wirtschaftsleben eine noch immer nicht zu unterschätzende Rolle besonders auf dem Gebiete der Abzahlungsgeschäfte. Für die kapitalschwache Bevölkerung gibt es verschiedene Möglichkeiten Anschaffungen zu machen, ohne sofort im Sinne des § 904 BGB. Eigentümer zu werden, aber doch den wirtschaftlichen und rechtlichen Nutzen aus der Sache ziehen zu können. Eine solche Möglichkeit wäre z. B. die Miete. Der Mieter hat zwar den Gebrauch und Besitz des Mietsgegenstandes, ja er kann durch ihn sogar Geld verdienen, doch muß er ihn nach Ablauf der Mietszeit herausgeben. Diese Form, durch Mietsverträge Anschaffungen zu machen, würde aber die Lage des wirtschaftlich Schwachen nur verschlechtern, anstatt zu bessern.**) Nur dann ist dieses Vertragsverhältnis angebracht, wenn der Erwerber die Sache vorübergehend benutzen will. Dem Käufer wird es aber meist nicht nur darauf ankommen, den wirtschaftlichen Nutzen an der Sache zu ziehen, sondern daß sie später einmal in sein Eigentum übergehe. Dieses Ziel erreicht er durch den Ratenkauf, der wegen seiner Einfachheit bald eine sehr verbreitete Geschäftsform wurde. Beim Raten- oder Abzahlungskauf werden auf Grund des Kaufvertrages dem Käufer die Vorteile des sofortigen Besitzes und der Gebrauch der Sache eingeräumt. Der Kaufpreis wird aber nicht sofort, sondern nach und nach in bestimmten Teilzahlungen geleistet. Für den Fall, daß der Käufer seine Verpflichtungen schließlich doch nicht erfüllt, behält sich der Verkäufer das Eigentum an der Kaufsache und den Rücktritt vom Vertrage vor.***) Mit der letzten Ratenzahlung erwirbt aber der Käufer uneingeschränktes Eigentum. Besonders sind es der Mittelstand und die Arbeiterschaft, die den Ratenkauf bevorzugen. Die bequeme Art der Zahlungen fallen dem Käufer nicht schwer. Viele

*) Ausführlicher behandelt bei Caspari S. 13, Stern S. 4–8; Guyet S. 8/9.
**) Prot. II, 81.
***) Caspari, a. a. O. S. 58 ff.; Endemann, § 175, Abs. 2.

werden erst zu Anschaffungen ermuntert und durch diese Art und Weise des Kaufes wird viel zur Steigerung der Absatzfähigkeit beigetragen.*) Der Ratenkauf und der damit meist verbundene EV. war eine besonders nach dem 70er Kriege gebräuchliche Geschäftsform. Doch schlichen sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts zahlreiche Mißstände ein, die zum Erlaß des Reichsgesetzes betreffs die Abzahlungsgeschäfte vom 16. V. 1894 führten. Die minderbemittelte, mit den Gepflogenheiten des rechtsgeschäftlichen Verkehrs nicht so vertraute Bevölkerung sollte vor wirtschaftlicher Ausbeutung geschützt werden. Besonders war es üblich, eine sog. Ratenverwirkungsklausel zu vereinbaren. Dadurch wurde der Verkäufer ermächtigt, beim Verzug und Rücktritt des Käufers sämtliche von letzterem schon gezahlten Raten zurückzubehalten. Oder die Nichtzahlung einer Rate hatte die Fälligkeit der Restschuld zur Folge. Durch den § 1 des oben genannten Gesetzes wurde durch die Vereinbarung der Ratenverwirkungsklausel das ganze Geschäft nichtig. Durch § 4 wurde bezüglich der Fälligkeit der Restschuld bestimmt, daß dies nur möglich sei, wenn es ausdrücklich vereinbart und zwei aufeinanderfolgende Raten nicht gezahlt worden waren. Wie groß die Ausdehnung des Ratenkaufes vor dem Kriege war, mag folgendes Zahlenbeispiel erläutern. Aus einem Bericht der Handelskammer der Vorkriegszeit ist nach Fußhöller**) zu entnehmen, daß ungefähr ⅔ des Gesamtumsatzes auf Ratenkäufe fällt. Infolge der unsicheren wirtschaftlichen Lage der Nachkriegszeit der Inflation und des Währungsverfalls war der Abzahlungsmarkt erklärlicherweise flau. Die üblichere Handelsform wurde der Barkauf. Wohl wurden noch Abzahlungsgeschäfte auf Dollarbasis geschlossen, doch aber nicht mehr in dem Umfange wie vor dem Kriege. Nach der Stabilisierung unserer Währung im November 1923 belebte sich auch wieder der Abzahlungsmarkt und damit erhielt das Rechtsinstitut des EV. größere Bedeutung. Vor allen Dingen gilt dies in unseren Tagen. Eine große Geldknappheit, bedingt durch die ungeheuren Reparationskosten, die Deutschland zu tragen hat, — wirkt sich doch der Daves-Plan in diesem Jahre 1929 zum erstenmal in seiner vollen Schwere aus — macht sich in unserem ganzen Wirtschaftsleben fühlbar. Diesem Umstand auf der Seite der Konsumenten steht das Bedürfnis der Produzenten, ihre Ware abzusetzen, gegenüber. Beides aber begünstigt von neuem die Entwicklung des Ratenkaufs. So kann man denn wieder heute in jeder Tages-

*) Sombart, 2. Aufl.

**) Fußhöller, S. 5. Cohen gibt laut Bericht der Handelskammer Ende 1905 den Abschluß von Käufen unter Eigentumsvorbehalt in 248 Fabriken Deutschlands auf 168 074 im Gesamtwerte von nahezu 60 Mill. Mk. an.

zeitung Offerten von Kaufleuten jeder Branche lesen, die Handelsartikel jeglicher Art zum Kaufe gegen Abzahlung anbieten. Gewöhnlich wird eine Anzahlung von einem Viertel des Preises geleistet und eine mehrmonatige Abzahlung vereinbart. Mit Zahlung der letzten Rate geht das Eigentum auf den Käufer über. Daneben mag es wohl auch vorkommen, daß einzelne Geschäftshäuser auf den EV. als Realkredit verzichten und den Personalkredit vorziehen. Im großen und ganzen ist aber der EV. mit dem Abzahlungsgeschäft wieder zu seinem vollen Recht gelangt.

Kurz soll noch hier auf die Vorteile hingewiesen werden, welche die Abzahlungsgeschäfte für die gesamte Volkswirtschaft haben. Auf der einen Seite werden durch sie für den Produzenten neue Absatzgebiete geschaffen; auf der anderen Seite der Sparsinn des Volkes gefördert. Ueberhaupt ist das heutige Wirtschaftsleben ohne sie kaum noch denkbar.

Die gesetzliche Basis für den Kauf unter EV., sind, wie schon im vorigen Abschnitt betont, der § 455 BGB. und das Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. V. 1894. Diese beiden Gesetzesbestimmungen sollen die Grundlage für die folgenden Abhandlungen werden.

B. Die juristische Natur des Eigentumsvorbehalts.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch findet man nur eine einzige Stelle, die auf den EV. Bezug nimmt, es ist dies der § 455, der sagt:

„Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Uebertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung erfolgt, und daß der Verkäufer zum Rücktritt des Vertrages berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt."

Die Voraussetzungen des § 455 BGB. sind:

1. Es muß ein Kauf vorliegen. — Doch liegt hier der Unterschied zwischen dem § 433 und § 455 BGB. in der Eigentumsverschaffungspflicht. Während sie dort eine sofortige ist, wird in § 455 eine Bedingung vorausgesetzt. Hiermit soll aber nicht gesagt sein, daß ein Eigentumsvorbehalt nur bei einem Kaufvertrag möglich wäre. Er kann natürlich auch bei anderen Verträgen vereinbart werden, z. B. Werkvertrag, Schenkung und Tausch.

Die zweite Voraussetzung ist: § 455 BGB. kann nur eine bewegliche Sache zum Gegenstand haben. Es findet sich auch im ganzen Bürgerlichen Gesetzbuch keine Vorschrift, die einen Eigentumsvorbehalt an Immobilien vorsieht; im Gegenteil, § 925 BGB. steht dem entgegen, denn eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgt, ist nichtig.

I. Sein Anwendungsgebiet.

Ein eventuell vereinbarter EV. hat für unbewegliche Sachen keine dingliche Wirkung. Nun wird man aber den Vorbehalt bei Grundstücken nicht ganz umgehen können. Schon in den Protokollen zum BGB.*) ist darauf hingewiesen, daß das Verbot der bedingten Auflassung durch Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines bedingten Anspruches auf Uebertragung oder Rückübertragung des Eigentums umgangen werden könnte. Die Wirkung eines suspensiv bedingten Eigentumsvorbehalts wird dadurch ersetzt, daß der Verkäufer das Grundstück auflässt und sich den Anspruch auf Rückübertragung im Falle der Nichtzahlung des Kaufpreises durch Vormerkung gemäß § 883 BGB. sichern läßt. Ein anderer Ausweg wäre, daß der Verkäufer zunächst nur Uebergabe des Grundstückes und erst nach Zahlung des Kaufpreises zur Auflassung verpflichtet sein solle.

Diese Verabredung käme dem EV. in der Wirkung am nächsten. Endlich könnte nach Planck**) zugleich mit der Eintragung des Käufers als Eigentümer für den Verkäufer eine Hypothek zur Sicherung der rückständigen Kaufpreisforderung eingetragen werden. Doch kann die Eintragung einer Restkaufhypothek nicht als ein dem EV. gleichkommenden Rechtsinstitut angesehen werden.

§ 455 BGB. spricht schlechthin nur vom EV. beim Verkauf von beweglichen Sachen. Es kann also auch ein Vorbehalt an verbrauchbaren Sachen (§ 92 BGB.) vereinbart werden. Doch ist hier zu beachten, daß der EV. nur bis zur Konsumption dieser Sachen wirksam sein kann.***) Eine ausführliche Untersuchung bringen Caspari, Jaffé u. a. Ebenso ist auch der Vorbehalt an Zubehörstücken möglich (§ 97 BGB.). Es kann sogar dieser Vorbehalt an Zubehörstücken eines Grundstückes zur Sicherung ins Grundbuch eingetragen werden.****)

---

*) Protokolle III. S. 182
**) Planck, 2. Bd., S. 358 Nr. 5.
***) Staudinger, 2. Bd., S. 60 Nr. 5; DJZ 7, S. 252.
****) Stern, S. 11.

Jedoch wird die Eigentumsvorbehaltsklausel dann illusorisch, wenn die verkauften Gegenstände vom Käufer in dessen Grundstück aufgenommen und mit diesem fest verbunden werden, so daß sie zu den wesentlichen Bestandteilen des Grundstückes zu zählen sind. Für solche wesentliche Bestandteile gibt es gemäß der §§ 93 und 94 BGB. keine Sonderrechte. Sie fallen vielmehr mit unter die Zwangsvollstreckung, wenn das Grundstück zur Versteigerung kommt. Streit herrscht sehr oft darüber, ob die gekauften Sachen auch wirklich wesentliche Bestandteile eines Grundstückes geworden sind. Hierzu ist eine neue Reichsgerichtsentscheidung von größtem Interesse. (V 82/28 vom 6. März 1929.) Das Reichsgericht steht schon immer auf dem Standpunkt*), daß ein EV. an eingebauten Sachen wirkungslos wird, wenn diese wesentliche Bestandteile des Grundstückes werden. Letzteres liegt dann vor, wenn nach Verkehrsauffassung eine Sache in Gestalt des für den betreffenden Betrieb dauernd eingerichteten Gebäudes vorliegt. Genauer noch führt das Reichsgericht in der vorstehend angeführten Entscheidung folgendes aus:

„Soll eine Sache gemäß § 94 Abs. 2 BGB. als zur Herstellung des Gebäudes eingefügt angesehen werden, so muß das Gebäude durch die Verbindung gerade mit dieser Sache zu dem geworden sein, was es geworden ist. Danach gehört zu den wesentlichen Bestandteilen nicht nur, was zur Herstellung einer jeden Baulichkeit notwendig ist, sondern auch, was durch seine Verarbeitung dem betreffenden Gebäude ein bestimmtes Gepräge verleiht. Ausschlaggebend für den Begriff „wesentlicher Bestandteile" ist also nicht nur der äußere Zusammenhang, sondern die innere Zusammengehörigkeit der Gegenstände zu dem Verbrauchszweck des Gebäudes". Es handelt sich dort um die Herausgabe einer unter EV. verkauften Be- und Entwässerungsanlage und einer Warmwasserbereitungsanlage für ein Hotel. Obwohl die Vorinstanzen Landgericht und Oberlandgericht Stettin den EV. an den eingebauten Gegenständen anerkannt haben, kam das Reichsgericht zur Klageabweisung, weil „diese Sachen dem Hotelgebäude nach den Anschauungen des Verkehrs das Gepräge eines neuzeitlich eingerichteten Hotels geben". Die hier ausführlich angegebene Ansicht des RG. ist auch die herrschende.**) Jedoch stehen dieser Annahme schwere wirtschaftliche Bedenken gegenüber, die sich besonders bei der Zwangsvollstreckung zeigen. Die Hypothekengläubiger können sich befriedigen, während die Forderungsgläubiger, also die Verkäufer der Maschinen, auf den Preis derselben ausfallen.

*) RG. 67, 30; 69, 117.
**) Staudinger, I, Erklärung zu § 93, III. I c zu § 946; Dernburg, BGB III, § 5, Anm. 22; Staub, II, 2, § 382, Anm. 7a.

Zum Schluß dieses Abschnittes soll noch darauf hingewiesen sein, ob ein Eigentumsvorbehalt an Sachgesamtheiten möglich ist, d. h. wenn es sich um einen Inbegriff von Sachen, die unter Aufrechterhaltung ihrer Selbständigkeit in wirtschaftliche Verbindung miteinander treten und die mit einem gemeinsamen Namen bezeichnet werden. Da an einer Sachgesamtheit als einem ganzen nach dem BGB. überhaupt keine Rechte bestehen können, ist die Anwendung des § 455 ausgeschlossen. Nur an den einzelnen beweglichen Sachen, welche die Sachgesamtheit bilden, kann sich der Verkäufer gegebenenfalls das Eigentum vorbehalten.*) Von besonderem Interesse ist jedoch die Frage nach einem eventuellen Vorbehalt an einem Warenlager und an einem verkauften Geschäft. Im ersteren Falle dürfte die Frage zu bejahen sein. Denn es gilt für ein Warenlager § 92 BGB.**) und an verbrauchbaren Sachen ist ein Vorbehalt denkbar. So auch die Rechtsprechung.***) Bezüglich des EV. an einem verkauften Geschäfte ist § 455 BGB. rechtlich nicht anwendbar.****) Ein solcher Begriff umfaßt ja außer den dazu gehörigen Sachen und Rechte auch unkörperliche Werte, z. B. die Kundschaft. Einen Vorbehalt an Rechten und Forderungen gibt es nicht, da an solchen kein Eigentum möglich ist.

Bei einem EV. an Früchten wird zu unterscheiden sein, ob dieselben schon reif sind oder nicht. Handelt es sich um reife Früchte, so würde ihre Trennung vom Stamm keine Zerstörung des einen oder anderen Teiles bedeuten. Warum sollte ein Vorbehalt in einem solchem Falle nicht vereinbar sein? Unreife Früchte am Stamm aber sind wesentliche Bestandteile der Pflanze. Aus diesem Grunde ist § 455 BGB. nicht anwendbar.

Es sei nun noch kurz die Frage gestreift, ob der Eigentumsvorbehalt auch noch bei anderen auf Eigentumsübertragung gerichteten Verträgen vorkommen kann. Die Frage wurde schon auf S. 14 bejaht. Es können dies aber nur solche Vertragsarten sein, auf welche die Vorschriften über den Kauf direkt oder subsidiär Anwendung finden. Nach § 515 BGB. gelten auch für den Tausch die Vorschriften über den Kauf. Für einen solchen bei einem Tausch abgeschlossenen Eigentumsvorbehalt ist daher wegen der grundsätzlich gleichen Behandlung von Kauf und Tausch auch § 455 BGB. maßgebend. Auch für einen Werklieferungsvertrag kommen die Vorschriften über den Kauf gemäß § 651 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB. zur Anwendung. Auch hier ist daher die Zulässigkeit des § 455 BGB.

*) Endemann, 1. Bd., S. 231, Anm. 17; OLG 1904, 8. Bd., Nr. 4, 63.
**) Staudinger, zu § 92, Abs. 1.; Köhler, Bd. I, S. 457.
***) Recht 1909, Nr. 680; RG in Gruch. 53, S. 954.
****) vgl. RG 67, 383; OLG 24, 325, JW 08, S. 195; Recht 03, S. 42.

grundsätzlich zu bejahen. Selbst für den Fall, daß es sich um einen Werklieferungsvertrag, der die Lieferung einer nicht vertretbaren Sache zum Gegenstande hat, handelt, steht der Anwendung des § 455 BGB. nichts entgegen. Wie verhält es sich mit der Anwendbarkeit bei der Schenkung? Der Zweck des EV. ist doch, den Verkäufer wegen einer ihm zustehenden Forderung zu sichern, sei es wegen der Kaufpreisforderung oder einer anderen aus dem Vertrage hervorgehenden Verbindlichkeit des Käufers. Dies darf aber nicht irgendeine beliebige Forderung sein, z. B. wegen eines Schadenersatzanspruches aus unerlaubter Handlung, aus ungerechtfertigter Bereicherung, sondern wegen einer konnexen Forderung. Das Vorliegen einer solchen konnexen Forderung wird man aber bei einer Schenkung unter einer Auflage und einer gemischten Schenkung anzunehmen haben. Hier will sich der Schenker dem Beschenkten gegenüber durch den Vorbehalt sichern, indem er ihm eine Verpflichtung auferlegt. § 455 BGB. kann also auch hier ohne Bedenken angewandt werden. Dagegen wird man die Vereinbarung eines EV. bei der reinen Schenkung abzulehnen haben. Hier soll der Beschenkte lediglich bereichert werden, ohne daß ihm eine Verpflichtung zu einer Gegenleistung auferlegt wird.

II. Seine rechtlichen Wirkungen.

In diesem Abschnitt soll auf die rechtlichen Wirkungen des EV. eingegangen werden. Vor allem auf jene, die später für die Beurteilung des Vorbehalts im Konkurs von Wichtigkeit sind. Nach der Vorschrift des § 455 BGB. bedeutet der EV. im Zweifel, daß die Uebertragung des Eigentums unter einer aufschiebenden Bedingung im Sinne des § 158 BGB. erfolgt. In diesem Sinne sprechen sich auch die Protokolle zum BGB. aus, in denen betont wird, daß bei Feststellung der Bedeutung des Eigentumsvorbehalts „die dingliche, den Eigentumsübergang betreffende Wirkung des Vorbehalts und die obligatorische Seite mit dem Einfluß auf den Kaufvertrag voneinander geschieden werden müssen.*) Auch Literatur und Rechtsprechung stehen auf dem Standpunkt, daß beim Kauf unter EV. der Kaufvertrag unbedingt und nur der dingliche Uebereignungsvertrag bedingt abgeschlossen ist.**) Eine Bedingung ist bei jedem Rechtsgeschäft möglich bei

*) Prot. II, S. 80.

**) Siméon-David, § 66, 6b, S. 406; RGRKomm. § 450, Anm. 1; Soergel, § 455 Anm. 3; Crome, § 212, 413; Dernburg, II, 2. § 171, S. 18; Goldmann-Lilienthal, § 142, S. 516; Endemann, I., S 972; § 160, Anm. 2; Düringer-Hachenburg, II. S. 713, Anm. 132b; Gierke, II, S. 494, § 195 IV, Anm. 2b; Püschel in LZ 1904, S. 1786 und RG 7, 150.

dem ihre Zulässigkeit nicht vom Gesetze verneint (z. B. Auflassung § 925 BGB.) oder der Natur des Rechtsgeschäfts nach ausgeschlossen ist. (z. B. bei der Mahnung). Da die Einigung ein Vertrag ist*), so finden die allgemeinen Vertragsgrundsätze auf sie Anwendung. Einer der erwähnten gesetzlichen Ausnahmefälle liegt nicht vor. Es kann also die Einigung sehr wohl bedingt abgeschlossen werden. Den EV. als einen der Einigung zugefügten Nebenvertrag**) aufzufassen, ist m. E. ein überwundener Standpunkt. Der Hauptvertrag der Uebereignung ist ja noch gar nicht geschlossen. Es kann also auch ein Nebenvertrag keinen Platz haben.

1. Der bedingte Uebereignungsvertrag.

Im Falle einer aufschiebenden Bedingung im Sinne des § 158 BGB. tritt die Wirkung des Rechtsgeschäfts mit dem Eintritt oder Ausfall des ungewissen, künftigen Ereignisses ein. Dies ist die herrschende Meinung.***) Eine gegenteilige Auffassung besagt, daß bei einer bedingten Verfügung die Rechtsnachfolge von der Vornahme der Verfügung an datiert, nicht erst vom Eintritt der Bedingung.****) Nach Strohal erhält der Käufer bei Vornahme der Verfügung eine „von dem Eigentum losgelöste Anwartschaft, aus der sich bei Eintritt der Bedingung Eigentum entwickele". Nach dieser Ansicht hätte der Verkäufer mit der Vereinbarung des EV. und der Uebergabe seinen Pflichten aus § 433 BGB. genügt. Die Rechtsprechung steht aber auf dem Standpunkt, daß damit der Kaufvertrag noch nicht erfüllt sei.*****) Diese Auffassung bestätigt auch das Reichsgericht, wenn es in der Entscheidung 64, 206 verlangt, daß „der Wille des Verkäufers Eigentum zu übertragen, noch in dem Augenblick vorhanden sein muß, wenn der letzte Kaufgeldrest bezahlt ist und die Bedingung eintritt." Im Schrifttum ist jedoch die Ansicht hierüber geteilt. Einige******) stimmen dieser Auffassung des RG. zu. Die Gegner behaupten, daß der Verkäufer bereits mit der Uebergabe erfüllt habe, und daß mit der Zahlung des Kaufpreises die bedingte Einigung ipso iure zur unbedingten wird. Der Käufer erwerbe in diesem Augenblick freies Eigentum an der Sache gemäß der §§ 929 BGB. in Verbindung

*) Staudinger, III, Erklärung 4b; Planck, I, S. 383; Vorbem. 2.
**) Stern, S. 16; Behrens, S. 18; Bertermann, S. 35.
***) Siméon-David, I, 1, § 31, Anm. 5; v. Tuhr, II, 2, S. 270.
****) Brecht, S. 245; Strohal in Festschrift für Degenkolb, S. 137 ff.; RG 67, S. 425.
*****) Warneyer, § 455, Anm. 1; RG 95, 106.
******) RGRKomm. § 450, Anm. 2; Staudinger, II, 1, S. 637 ff.; v. Sarvay-Bossert, § 17, Anm. 2; Jaeger, I, § 17, Anm. 1; Soergel I, zu § 455,

mit § 158 BGB, alsdann aber ohne jede Willenserklärung seitens der Parteien.*) In neuerer Zeit hat Oertmann sich für letztere Ansicht ausgesprochen.**) Er führt hierzu aus: „In Verkennung des Unterschiedes zwischen Leistungshandlung und Leistungserfolg nehme man häufig an, der Schuldner habe noch nicht vollständig geleistet, solange die Erfüllung im Sinne des Gesetzes noch nicht eingetreten sei. Dieser Satz kann aber nicht unbedenklich aufgestellt werden, sondern es müsse in jedem einzelnen Falle untersucht werden, ob dort, wo das Gesetz von „Erfüllung", „Leistung" oder ihrer Unmöglichkeit spricht, schon die Vollziehung der Leistungshandlung oder erst die Herstellung des Leistungserfolges zu verstehen sei. Danach hat der Verkäufer vor Eintritt der Bedingung bereits erfüllt. Er hat alles getan, was auf seiner Seite zur Herbeiführung des Leistungserfolges notwendig war, nämlich die Uebergabe und die freilich noch bedingte Uebereignung, zum BGB. vertreten.***) Was noch zum Eintritt des Leistungserfolges hinzukommen muß, vollzieht sich gemäß seinem Willen durch die Logik der Tatsachen." Diese Auffassung hat Oertmann auch schon früher in seinem Kommentar zum BGB. vertreten. Dieser Ansicht kann man aber nicht voll und ganz beipflichten, denn der Verkäufer hat als Schuldner doch nicht die geschuldete Leistung bewirkt (§ 263 BGB.). Er hat nach § 433 BGB. dem Käufer unbedingtes Eigentum zu verschaffen. Dies ist aber noch nicht geschehen. Die Pflicht bleibt auch dann bestehen, wenn der Eigentumsübergang von der Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung abhängig gemacht wird. Während also das Eigentum an der Kaufsache beim Verkäufer bleibt, hat jedoch der Käufer eine veräußerliche und vererbliche Erwerbsberechtigung, eine Eigentumsanwartschaft, die sowohl obligatorisch als auch dinglich gesichert ist. ****)

2. Das Besitzrecht während der Schwebezeit.

Wichtiger als das Problem des bedingten Eigentums ist die Frage nach den Besitzverhältnissen, die bei einem Kauf unter Eigentumsvorbehalt zwischen den Parteien bestehen. Zwecks Erfüllung des Kaufvertrages muß die Sache dem Käufer übergeben werden. Mit der Uebergabe erhält der Käufer nur den Besitz, d. h. die tatsächliche Gewalt über die Kaufsache mit dem ausdrücklichen Willen des Ver-

*) Fromherz in ZZP 39, S. 470; Liebrecht in Bl. f. Rechtspfl. 1905; Gierke III, S. 459; Schlotter in LZ 1911, S. 49; Flatau, S. 39; LZ 1909, S. 786
**) LZ 1927, S. 9.
***) Oertmann, BGB, S. 455, Anm. 4, S. 412.
****) Dernburg, I, § 154, II; Jaeger, § 1, Anm. 57.

käufers.*) Damit aber der Käufer Gebrauch von der Sache machen kann und gegen einen Herausgabeanspruch geschützt sei, muß der Käufer ein Recht zum Besitz haben. Darum liegt der Sinn des Eigentumsvorbehalts darin, daß der Verkäufer sich zwar dinglich sichern will, dem Käufer jedoch schon Besitz und Gebrauch der Sache zugestanden wird. Wenn der Käufer dem Herausgabeanspruch des Verkäufers kein Besitzrecht entgegenhalten dürfte gemäß § 986 BGB., so hätte ja die ganze Vereinbarung keinen praktischen Wert. Worauf beruht nun dieses Besitzrecht?

Eine stillschweigende Einbeziehung des Rechts zum Besitz in die Besitzübertragung wird man nicht annehmen können,**) denn aus dem § 158 BGB. in Verbindung mit § 929 BGB. läßt sich nicht folgern, daß der Verkäufer dem Erwerber für die Zeit bis zum Eintritt der Bedingung den Besitz überlassen hat. Ferner könnte ein solches Recht auf Grund eines dinglichen z. B. eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts bestehen. Ein dingliches Recht, auf das sich das Besitzrecht gründen könnte, hat der Käufer durch die bedingte Uebereignung nicht erworben. Er hat nur eine Anwartschaft auf späteren Eigentumserwerb erlangt. Das Recht zum Besitz beruht vielmehr auf einem obligatorischen Vertrage und zwar auf dem Kaufvertrag, der der bedingten Uebereignung vorangeht und durch diese erfüllt wird. Aus dem Kaufvertrage selbst ist nach § 433 BGB. der Verkäufer zur Eigentumsverschaffung und zur Uebergabe Zug um Zug verpflichtet. Die Eigentumsverschaffung folgt aber hier nicht unmittelbar, denn diese ist ja aufschiebend bedingt. Nach dieser Untersuchung wird nun klar, daß die Verpflichtung aus § 433 BGB. außer der Besitzverschaffung das Recht gibt den Besitz zu wahren.

Noch eine wichtige Frage bleibt zu beantworten: Ist beim Kauf unter EV. der Käufer Eigen- oder Fremdbesitzer und der Verkäufer mittelbarer Besitzer der bereits übergebenen Sachen? Eigenbesitzer ist nach § 872 BGB. wer eine Sache „als ihm gehörend" mithin wie ein Eigentümer mit dem Willen, andere von der Beherrschung auszuschließen, besitzt. Das unterscheidende Merkmal ist die Willensrichtung des Besitzers. Zum Eigenbesitz gehört der Eigentümerwille, d. h. die Sache zeitlich und inhaltlich als eigene zu besitzen.***) Beim Käufer unter EV. ist jedoch dieser Wille — animus domini — nicht vorauszusetzen, da er die rechtliche Herrschaft des Verkäufers bis

*) Planck, II, 2 zu § 929; Dernburg, III, S. 297, Nr. 2.
**) Brecht, S. 271.
***) Siméon-David, I, 2, § 87, Anm. 3a; Endemann, S. 155, Abs. 3; Crome, III, S. 22.

zum Eintritt der Bedingung anerkennen muß.*) Der Käufer ist daher Fremdbesitzer der unter EV. übergebenen Sache. Der zweite Teil der obigen Frage wird von Rechtslehre und Rechtsprechung bejaht.**) Ein Erfordernis des § 868 BGB., der hier in Frage kommt, ist wohl zweifellos gegeben. Der Käufer als unmittelbarer Besitzer ist dem Verkäufer gegenüber zum Besitz berechtigt. Beruht doch gerade der wirtschaftliche Zweck des Kaufes unter EV. in der Sicherung des Verkäufers trotz Besitz und Gebrauchsüberlassung an den Käufer, und nur dann kann der Käufer nach dem Sinne des abgeschlossenen Vertrages die übergebenen Sachen benutzen, wenn er bis zum Eintritt der Bedingung einer Vindikation des Kontrahenten die exceptio revenditae et traditae entgegensetzen kann. Ebenso dürfte diese Besitzberechtigung auch eine zeitliche sein. Dies bestreitet zwar Planck, der auch ein Besitzvermittelungsverhältnis deshalb ablehnt, mit der Begründung, daß der Käufer nicht nur auf Zeit, sondern für den Normalfall der pünktlichen Zahlung des Kaufpreises dauernd zum Besitz berechtigt sei.***) Dem ist entgegenzuhalten, daß der Käufer vorerst, d. h. bis zum Eintritt der Bedingung, nur auf Zeit zum Besitz berechtigt ist; er besitzt bis zum Eintritt der Bedingung nicht in Ausübung gegenwärtigen Eigentums, sondern in Ausübung eines Anwartschaftsrechtes. Tritt die Bedingung nicht ein, so ist er zur Rückgabe verpflichtet. Da ferner feststeht, daß der Käufer sein Recht zum Besitz vom Verkäufer abgeleitet hat, handelt es sich somit um ein „ähnliches Verhältnis" wie die im § 868 BGB. aufgezählten Fälle. Letzteres wird jedoch von Thiesing****) bestritten. Er hält ein ähnliches Verhältnis deshalb nicht für gegeben, weil die in § 868 BGB. aufgezählten Beispiele darauf hindeuten daß der unmittelbare Besitzer die Sache über kurz oder lang zurückzugewähren habe, während der Kauf unter EV. darauf abziele, die Sache in das Eigentum des unmittelbaren Besitzers zu überführen. Thiesing gegenüber hat Pudor*****) m. E. überzeugend nachgewiesen, daß z. B bei Pfandbestellungen durchaus nicht stets der unmittelbare Besitzer (Pfandgläubiger) die Sache über kurz oder lang zurückzugeben habe, denn ob diese Rückgabe stattfindet, hinge (ähnlich wie beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt) davon ab, ob der Schuldner seine Schuld bezahle oder nicht. Es handelt sich also durchaus um ein sog. ähnliches Verhältnis im Sinne des § 868 BGB.

---

*) vgl. Caspari, S. 40.
**) Enneccerus, Lehrb. II,1, S. 226; Staudinger, III, S. 56; RG 54, 396; 69, 197; Staub, zu § 38 2, Anm. 63; Dernburg, III, § 102, Anm. 1; Stern, S 28; Jaffé, S. 57.
***) Planck, III, S. 62.
****) Thiesing, in Arch. f. bürgerl. Recht, 20, S. 240—46.
*****) Pudor, S. 62.

3. Das vertragliche Rücktrittsrecht.

Im folgenden Abschnitt soll nun das Kausalgeschäft, der Kauf, etwas eingehender betrachtet werden. Während die Eigentumsübertragung unter einer Bedingung abgeschlossen wird, ist der Kauf jedenfalls nach der Regelung des § 455 BGB. unbedingt. Zwar hat der EV. auch eine obligatorische Wirkung, nämlich das Rücktrittsrecht des Verkäufers bei Verzug des Käufers, aber bedingt ist das Kausalgeschäft dadurch keineswegs.*) Doch soll damit nicht gesagt werden, daß das Kausalgeschäft niemals bedingt abgeschlossen werden könne. Auch dies ist in das Belieben der Parteien gestellt. Es unterliegt dann keinem Zweifel, daß bei Eintritt der Bedingung der Käufer aus dem nunmehr unbedingten Kaufvertrag einen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an der verkauften Sache erhält.

Das vorstehend erwähnte Rücktrittsrecht entspringt dem Kaufvertrage und ist bei Verzug des Käufers gegeben. Da der Kaufpreis meist nach Raten in bestimmten Zeitabständen bezahlt wird, kommt der Käufer mit dem Verfall des Zahlungstermins ohne weiteres in Verzug. Einer besonderen Mahnung seitens des Verkäufers bedarf es ja nach § 284 Abs. 2 BGB. nicht. Das Rücktrittsrecht ist in seinen Wirkungen nach den §§ 346 ff. BGB. zu beurteilen. Der Rücktritt erfolgt durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung seitens des Verkäufers gegenüber dem anderen Teile. Die unter einer Bedingung abgegebene Willenserklärung ist wirkungslos. Das Rücktrittsrecht als ein „Recht des rechtlichen Könnens" ist der Verjährung nicht unterworfen, denn nur ein Anspruch verjährt (argumentum § 194 BGB.**) Wenn daher der Berechtigte die Ausübung nach Belieben hinausschiebt, so würde dies eine Gefährdung der Verkehrssicherheit bedeuten. Nach § 355 BGB. kann sich aber der Käufer darüber Gewißheit verschaffen, indem er dem anderen Teile eine angemessene Frist für die Ausübung des ihm zustehenden Rechtes setzt. Wird die Frist vom Berechtigten nicht eingehalten, so erlischt das Rücktrittsrecht. Ist schon bei Vertragsabschluß für die eventuelle Ausübung des Rücktrittsrechts eine Frist von den Parteien festgesetzt, so kann der Rücktritt nur bis zum Ablauf dieses Zeitpunktes erklärt werden.

Uebt nun der Verkäufer sein Rücktrittsrecht aus, so erlischt nach der heutigen allgemein herrschenden Ansicht das Schuldverhältnis nicht nur für die Zukunft, sondern es ist so zu beurteilen, als wäre

---

*) Vgl. Jaffé, S. 14; Mot., II, S. 319; Oertmann, Komm. II, S. 357; Staudinger, II, S. 60, Anm. 8.

**) Planck, II, S. 202 zu § 355.

der Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen worden. Der Rücktritt wirkt ex tunc. Das bereits Geleistete kann, da nun die causa weggefallen ist, zurückgefordert werden. (vgl. §§ 346 ff. BGB.). Die Verpflichtung zur Rückgabe erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen. Nach § 347 BGB. tritt hinsichtlich nicht bewirkter Leistungen eine verschärfte Haftung ein, die sogar bezüglich des Umfanges noch über diejenige eines Vindikationsbeklagten hinausgeht. Während letzterer erst während der Rechtshängigkeit haftet, gilt dies für den Empfänger schon vom Empfange der Sache an.*) Die empfangenen Geldleistungen sind vom Verkäufer mit 4 % zu verzinsen. Der Erfüllungsort für die Rückgabe der Sache bestimmt sich nach § 269**) BGB. Die wechselseitigen Ansprüche der beiden Teile sind Zug um Zug zu erfüllen. Natürlich wird es den Parteien unbenommen bleiben, die einzelnen Wirkungen der Rücktrittserklärung abzuändern, insbesondere können sie die strenge Haftung des § 347 BGB. ermäßigen. Die Leistungen, die dagegen noch aus dem Vertrage zu bewirken wären, sind nicht mehr zu erfüllen.

Genau ist zwischen der Rücktrittserklärung vom Vertrage und der Geltendmachung der Ansprüche aus dem vorbehaltenen Eigentum zu scheiden. In der Herausforderung der Sache liegt keine Rücktrittserklärung, wie von einigen Rechtslehrern angenommen wird.***) Die Herausforderung der Sache hat nur dingliche Wirkung, und berührt den obligatorischen Vertrag nicht, der bis zur Rücktrittserklärung bestehen bleibt.)****) Diesen Standpunkt vertritt auch das Reichsgericht.*****)

4. Die Gefahrtragung in der Schwebezeit.

Zum Schluß des ersten Teiles dieser Arbeit soll noch kurz auf die Frage der Gefahrtragung beim Kauf unter EV. eingegangen werden. Es handelt sich hierbei nicht um das periculum rei d. h. den Verlust des Eigentumes, also nicht um die dingliche Gefahrtragung. Nach dem Grundsatz res petit domino und casum sentit dominus trifft die Gefahr des Unterganges oder der Verschlechterung den Eigentümer beim Kauf unter EV. also den Verkäufer. Hier interessiert das sog. periculum obligationis, d. h. die Gefahr der Leistung.

---

*) Staudinger, II, S. 60; Anm. 11 zu § 355 BGB.
**) Vgl. Siméon-David, I, 1, S. 350.
***) Goldmann-Lilienthal, § 142, Anm. 2.
****) Dernburg, II, 2, § 161, S. 17; Endemann, § 160a; Anm. 24.
*****) RG. 7, 149.

Nun ist aber der Kauf unter EV. nur eine Abart des gewöhnlichen Kaufes. Daher finden die Bestimmungen über Gewährleistung, Wandlung und Minderung mangels ausdrücklicher Vorschriften auch hier Anwendung. Eine Ausnahme macht auch nicht die Bestimmung über die Gefahrtragung des zufälligen Unterganges oder Verschlechterung der Kaufsache. Die Uebergabe im Sinne des § 446 BGB. bedeutet aber körperliche Hingabe, die mit der gleichen Eigentumsverschaffung nicht identisch ist. Nach dieser rein äußerlichen Betrachtung würde der Käufer die Gefahr tragen. Ist dies richtig? Diese Frage kann nur dann bejaht werden, wenn die gemäß § 455 BGB. zum Zwecke der aufschiebend bedingten Uebereignung geschehene Uebergabe als solche im Sinne des § 446 BGB. anzusehen ist. In der Literatur herrscht zunächst einmal Streit darüber, ob Uebergabe im Sinne des § 446 BGB. Eigentumsverschaffung oder Besitzverschaffung besagen will.*) Ohne auf die unten angegebenen Richtungen näher einzugehen, wird man schon bei folgender Gesetzesauslegung zur Annahme kommen, daß der Gesetzgeber mit „Uebergabe" nur eine besitzverschaffende Handlung gemeint hat.

Sollte der Sinn des Wortes „Uebergabe" im Abs. 1 des § 446 BGB. als eigentumsverschaffende Uebergabe gedeutet werden, dann könnte man mit Recht sagen, § 446 BGB. sei nachlässig gefaßt, denn „Uebergabe" im Abs. 2 ist unbestritten als besitzverschaffende Uebergabe gedacht. Innerhalb des Abschnittes Kauf (2. Buch 7. Abschn. 1. Tit. des BGB.) wird unter Uebergabe stets die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes verstanden. Deutlich erhellt dies aus § 433 BGB. Würde auch hier „Uebergabe" nur als Mittel und Form der Eigentumsübertragung gedacht sein, so würde sich die Formulierung dieser Vorschrift als Tautologie erweisen. § 446 BGB. kann also auch auf den Kauf unter EV. unbedenklich angewandt werden.

Der Wortlaut des § 446 BGB. selbst stützt noch obige Annahme. Diese Vorschrift läßt die Gefahr mit der „Uebergabe der verkauften Sache" auf den Käufer übergehen. Verkauft aber ist die Sache, weil der Abschluß des obligatorischen Vertrages endgültig erfolgte und nur die dingliche Wirkung bedingt wird.**) Dann sprechen auch praktische Erwägungen dafür, daß der Käufer der Träger der Gefahr ist. Er ist ja der unmittelbare Besitzer und ist als solcher weit mehr in

---

*) Oertmann, II, zu § 455; Planck, II, zu § 450; Dernburg, II, zu § 171; Anm. 13; Endemann 160; Anm. 2 u. a. fordern eine eigentumsverschaffende Uebergabe. Düringer-Hachenburg, S. 58 ff., Enneccerus § 341; Anm. 1; Fischer-Henle, Jaffé, S. 53; Stern, S. 98; dagegen eine besitzverschaffende Uebergabe.

**) Vgl. Seuff. Arch. 63. Bd., S. 100.

der Lage die Sache zu überwachen; nur er vermag alle erforderlichen Vorbeugungsmaßregeln und Dispositionen zu treffen, um einer eventuellen Gefahr und wirtschaftlicher Beeinträchtigung der Sache vorzubeugen. Außerdem trägt der Käufer die Nutzungen. Wohl entstehen aus der Gefahrtragung für ihn gewisse Härten, doch ist dafür vom Gesetzgeber ein gewisser Ausgleich geschaffen. Der Käufer kann nach dem § 281 und 323, II BGB. vom Verkäufer die Herausgabe etwa erlangten Ersatzes oder die Abtretung des Ersatzanspruches fordern. Allgemein wird heute angenommen, daß die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung auch beim Kauf unter EV. von der Uebergabe ab der Käufer trägt.

Zusammenfassend ergibt sich folgendes: Der Kauf unter EV. hat dingliche und obligatorische Wirkungen. Der Uebergang des Eigentums ist aufschiebend bedingt bis zur völligen Kaufpreiszahlung. Der Käufer erhält für die Schwebezeit den Besitz und das Recht zum Besitz. Schuldrechtlich hat der Verkäufer ein Rücktrittsrecht, wenn der Käufer in Verzug kommt. Er kann dann die Sache zurückfordern, ohne daß sich der Käufer auf § 986 BGB. berufen kann. Mit der Uebergabe der Kaufsache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Bei Eintritt der Bedingung erhält der Käufer freies Eigentum an der Sache. Dann ist der Vertrag erfüllt; die Grundlage für das Rücktrittsrecht entfällt.

C. Der Einfluß der Konkurs-Eröffnung auf den Eigentumsvorbehalt und die Rechtslage bei Eröffnung desselben.

In der Praxis erlangt der EV. besonders im Konkurse eine große Bedeutung, hauptsächlich dann, wenn der unter EV. abgeschlossene Vertrag sich noch im Schwebezustand befindet, die Bedingung noch nicht eingetreten ist. Sicherung des Kaufpreises ist doch der tiefere Grund eines vereinbarten Eigentumsvorbehaltes. Und doch ist diese Sicherung nirgends mehr gefährdet als im Konkurse des Käufers, wenn dessen Vermögen unter seine Gläubiger gleichmäßig verteilt werden soll. Gewährt der vereinbarte EV. auch hier wirklich eine erhöhte Sicherheit gegenüber den Ansprüchen der anderen Gläubiger? Schon hier sei darauf hingewiesen, daß dem EV. im Konkurse des Verkäufers dagegen eine geringere Bedeutung zukommt.

I. Im Konkurse des Käufers.

Zunächst sollen die unmittelbaren Wirkungen der Konkurseröffnung auf das Vertragsverhältnis einer Prüfung unterzogen werden. Wichtig ist, daß an Stelle des Käufers der Konkursverwalter gemäß § 6 KO. tritt. Eine Stellungnahme zu der vielumstrittenen Frage der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters erübrigt sich im Rahmen dieser Arbeit. Nur soviel sei gesagt, daß heute allgemein gilt: Die Handlungen des Konkursverwalters sind für den Gemeinschuldner bindend. Er ist ein mit der Durchführung des Konkurses betrautes Organ.*) Als solcher übt er auch das Besitzrecht aus, das dem Gemeinschuldner während der Schwebezeit zustand. Er hat die Verpflichtungen des Gemeinschuldners zu erfüllen. Dies aber nur nach Maßgabe des § 17 KO.

Rechtsgültig entstandene Geschäfte werden durch die Konkurseröffnung nicht berührt. Sie bleiben in ihren rechtlichen Wirkungen mit den aus ihnen entspringenden Forderungen und Verbindlichkeiten bestehen.**) Nur in der Art und Weise und in dem Umfang der Abwicklung der Rechtsgeschäfte „müssen notgedrungen durch das Wesen des Konkurses hervorgerufene Modifikationen eintreten".***) Darauf wird in den nächsten Abschnitten näher eingegangen werden.

Hier interessieren noch folgende Untersuchungen, ob einmal die unter EV. verkaufte Sache vom Konkursverfahren überhaupt erfaßt wird; und zweitens, falls die vorstehende Frage abgelehnt wird, ob der Eröffnungsbeschluß dem Ausfall der Bedingung gleichzusetzen ist. Ist dies der Fall, dann erst kann der andere Vertragsteil seine Ansprüche geltend machen.

Den Umfang der Konkursmasse bestimmt § 1 KO. Danach fallen in dieselbe nur Gegenstände, die dem Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung gehören und als solche dann Teile seines Vermögens sind. Diejenigen Gegenstände, die sich zwar in seinem Besitz befinden, aber einem Dritten vermöge eines dinglichen oder persönlichen Rechts gehören, scheiden aus. Dies trifft voll und ganz bei einer EV. übergebenen Kaufsache zu. Der Uebergang des Eigentums war bedingt, die Bedingung aber zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht eingetreten. Vor Eintritt der Bedingung kann aber das von ihr abhängige Recht in der Person des Käufers nicht zur Entstehung gelangen. Jedoch steht dem Käufer unabhängig ein veräußerliches und

*) Vgl. RG 29, 30; Mentzel, § 6, Anm. 6, Abs. 2; Wolff, § 6, Anm. 6; Jaeger, Anm. 18 ff. u. a.
**) Dathe, S. 18; Rintelen, S. 138.
***) Kippenberg, S. 18.

vererbliches Anwartschaftsrecht auf das Eigentum an der Kaufsache zu. Diese Anwartschaft würde mit der Konkurseröffnung in die Masse fallen.*) Daraus folgt, daß auch das Eigentum, das der Gemeinschuldner bei Eintritt der Bedingung erwirbt, selbst zur Masse gelangen würde, sofern nicht etwa die Konkurseröffnung den Schwebezustand beendet und damit auch auf den Bestand der Anwartschaft einen Einfluß ausübt.

Der bei dem EV. eigentümliche Schwebezustand dauert solange, bis entweder die Bedingung — vollständige Kaufpreiszahlung — eingetreten, oder deren Ausfall feststeht. Ersteres ist dann der Fall, wenn der Käufer den Preis restlos bezahlt oder hinterlegt hat, § 372 BGB. Die Hinterlegung muß nach § 378 BGB. so erfolgen, daß dieselbe nicht mehr zurücknehmbar ist.

Eine Bedingung ist dann ausgefallen, wenn feststeht, daß das bedingende Ereignis nicht mehr eintreten wird. Bei einem Kauf unter Eigentumsvorbehalt ist dies dann der Fall, wenn die Zahlung nicht mehr zur rechten Zeit vollständig bewirkt werden kann. Hatten die Parteien einen Termin festgesetzt, so muß die Tatsache der Nichtzahlung zu der vereinbarten Zeit gegeben sein.**) Hier unterliegt es keinem Zweifel, daß die Bedingung dann ausgefallen ist. Schwieriger läßt sich der Bedingungsausfall feststellen, wenn die Parteien über die Zahlungszeit keine Bestimmung getroffen haben. Jedenfalls wird auch hier der Zahlungstermin wenigstens bestimmbar sein müssen. „Denn zum Wesen einer Bedingung gehört auch eine zeitliche Grenze, innerhalb deren es sich zu zeigen hat, ob die Bedingung eintritt oder ausfällt".***) Nach der herrschenden Ansicht wird aber auch hier unter Berücksichtigung des Fundamentalsatzes des § 157 BGB. „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern", die Bedingung dann als ausgefallen anzusehen sein, wenn seit Eingehung des Vertrages eine den Verhältnissen angemessene Frist verstrichen ist, ohne daß die Zahlung seitens des Kontrahenten erfolgte.

Im Falle des Konkurses wird der Zeitpunkt der Eröffnung desselben allgemein****) dem Bedingungsausfall gleichgesetzt. Andere*****) verneinen, daß sich daraus ein Bedingungsfall herleiten

*) Jaeger, § 1, Anm. 57; Sydow-Busch, § 1, Anm. 4; Jaffé, S. 85; v. Wilmowski-Kurlbaum, § 1, Anm. 6.
**) Stern, S. 25; Jaffé, S. 29; Dernburg, II, 2, 271, S. 19; Crome, II, § 212; Oertmann, § 455, Anm. 1.
***) Staub, zu § 382, Anm. 63.
****) Stern, S. 25; Behrens, S. 35; Caspari, S. 40; Jaffé, S. 28.
*****) Jaeger, Anm. 15 zu § 26 KO und die dort angeführte Literatur.

ließe. Es sei nämlich nicht ausgeschlossen, daß noch nach Konkurseröffnung die Zahlung erfolge. Es könne sowohl der Gemeinschuldner aus dem konkursfreien Vermögen erfüllen als auch ein Dritter im Sinne des § 267 BGB. für ihn und vor allem der Konkursverwalter nach Maßgabe des § 17 KO. Hierzu wird zu sagen sein, daß es sich mit der Natur und dem hier schon so oft betonten Zweck des Eigentumsvorbehalts als Sicherungsmittel des Verkäufers nicht vereinbaren läßt, daß die Schwebezeit über die Konkurseröffnung hinaus andauert. Mit diesem Zeitpunkt erlischt auch das bis dahin dem Käufer zustehende Antwartschaftsrecht auf den Erwerb des Eigentums.

Der Eigentumsvorbehalt zeigt, wie im ersten Teil schon gesagt, dingliche und obligatorische Wirkungen. Der Verkäufer ist daher auch auf eine doppelte Weise gesichert. Er kann seine Ansprüche auf den dinglichen Uebereignungs-Vertrag wie auch auf den ihm zugrunde liegenden obligatorischen Kaufvertrag stützen. Der Rücktritt des Verkäufers setzt aber den Verzug auf seiten des Schuldners voraus, d. h. es muß Fälligkeit der Schuld, Mahnung des Gläubigers und Ausbleiben der Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes vorliegen. Vgl. §§ 284, 285 BGB. Es sei hier auch auf die Ausführungen auf S. 23 dieser Arbeit verwiesen und noch kurz folgendes hinzugefügt. § 285 BGB. bestimmt, daß die Leistung infolge eines Umstandes unterblieben sein muß, den der Schuldner zu vertreten hat. Zu vertreten hat er aber alles, ausgenommen unabwendbare Zufälle und höhere Gewalt. Wenn es sich um eine Gattungsschuld (Geldschuld) handelt, und dies wird ja meistens der Fall sein, dann hat der Schuldner sein Unvermögen immer zu vertreten, vergl. § 279 BGB.

Ist durch die Konkurseröffnung auch der Verzug des Käufers erwiesen? Diese Frage wird man ohne weiteres bejahen können, denn eine Konkurseröffnung erfolgt nur dann, wenn der Schuldner seinen Zahlungsverpflichtungen nicht mehr nachkommen kann, also im Verzug ist.

I. Das Wahlrecht des Konkursverwalters nach § 17 KO.

Im Rahmen dieser Arbeit interessiert insbesondere, ob der Konkursverwalter hinsichtlich des zwischen dem Verkäufer und dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Kaufes unter E. V. das Wahlrecht gemäß § 17 KO. ausüben kann. Der Zweck des § 17 KO., der allein für unseren Fall in Frage käme, ist doch folgender: Es soll vermieden werden, daß im Falle eines beiderseits noch nicht, oder noch nicht vollständig erfüllten Austauschvertrages die Gegenpartei des Gemeinschuldners die von ihr geschuldete Leistung voll bewirken,

sich ihrerseits jedoch mit der auf sie entfallenden Konkursdividende begnügen müßte.

Voraussetzung des § 17 KO. ist allerdings, daß ein zweiseitiger Vertrag vorliegt, der zur Zeit der Konkurseröffnung weder vom Gemeinschuldner noch vom andern Teile gar nicht oder nicht vollständig erfüllt ist*). Nun ist bei einem Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt der Käufer offensichtlich seiner Verpflichtung — vollständige Kaufpreiszahlung — noch nicht nachgekommen. Streit herrscht aber darüber, ob auch der Verkäufer schon vollständig erfüllt hat. Nach den im ersten Teil dieser Arbeit auf S. 19-20 angestellten Untersuchungen hat der Verkäufer die Sache übergeben, ist aber der Pflicht, unbedingtes Eigentum an der Sache zu verschaffen, noch nicht nachgekommen. Die Vertreter der Gegenmeinung, die unter Anm. * S. 20 genannt sind, lehnen dann — nach ihrer Auffassung auch folgerichtig — die Anwendbarkeit des § 17 KO. ab.**) Oertmann, der ja auch auf dem gleichen Standpunkt steht, führt hierzu noch aus: „Für den Fall des § 17 KO. sprächen nun die weitaus besseren Gründe dafür, dem Verwalter das Wahlrecht schon dann zu entziehen, wenn ein Vertragsteil bereits die Leistungshandlung vor Eröffnung des Konkurses vollzogen habe".***) Nach ihm hat der Verkäufer also bereits alles getan, was auf seiner Seite zur Herbeiführung des Leistungserfolges notwendig ist. Doch mit Unrecht wird § 17 KO. abgelehnt. Der Verkäufer ist eben nicht nach bestem Können seiner Verpflichtung nachgekommen, dem Käufer mit der Uebergabe das Eigentum zu verschaffen. Vielmehr hat er ja gerade mit Willen diese gewöhnliche Wirkung der Tradition vereitelt und das Eigentum sich vorbehalten. Der Verkäufer schuldete immer noch den Erfüllungserfolg, wenn auch auf seiner Seite keine besondere Leistungshandlung mehr notwendig war. Nach herrschender Ansicht****) wird in § 17 KO. nicht die Erfüllungshandlung, sondern der Erfüllungserfolg zu verstehen sein. So ist denn heute allgemein die Anwendbarkeit des § 17 KO. auf den Fall des Eigentumsvorbehalts für gegeben erachtet*****), wenn es sich um bewegliche Sachen, Zubehör oder Sachgesamtheiten handelt.

---

*) Jaeger, § 17, Anm. 1.
**) v. Wilmowski, § 17, Anm. 4, Abs 2.
***) Oertmann, in LZ 1927, Sp. 16.
****) Enneccerus, § 341, S. 369, Anm. 2; Jaeger, § 17, Anm. 11; RG 64, 336;
*****) Mentzel, § 17, Anm. 2; Sarvey-Bossert, § 17, Anm. 2, S. 100; Sydow-Busch, § 17, Anm. 2; Soergel, § 455, Anm. 3; Planck, § 455, Anm. 2c; Hellmann, S. 265; Sternburg in JW 1913, S. 581; Brecht in Iherings Jahrb. 61. Bd., S. 297; RG 85, 403; 95, 106; Düringer-Hachenburg, S. 517; Dathe, S. 25; Caspari, S. 45.

Dagegen kann § 17 Abs. 1 KO. nicht angewandt werden, wenn die Kaufsache wesentlicher Bestandteil einer anderen und damit Eigentum des Kontrahenten geworden ist, der die andere Sache in Eigenbesitz hat; denn die Trennung würde ja die Zerstörung der anderen Sache herbeiführen.*) In diesem Falle ist der Kaufvertrag bezüglich der Eigentumsverschaffung erfüllt. Zwar hat der Verkäufer hier nicht freiwillig Eigentum verschafft, sondern es fand ein gesetzlicher Eigentumsübergang statt.

Nun kann aber der Konkursverwalter infolge des Wahlrechts, das ihm der § 17 KO. gibt, Erfüllung des Vertrages verlangen oder ablehnen. Diese Wahl kann er selbständig treffen. Bei Wertgegenständen über 300 Mark hat er zwar gemäß § 133 Ziff. 2 KO. die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen, falls ein solcher bestellt ist. Handelt er ohne diese Einwilligung, so ist seine Wahl trotzdem Dritten gegenüber wirksam.**) Entscheidet sich der Verwalter für die Erfüllung des Kaufvertrages, so ist die einzige unmittelbare Wirkung auf den Vertrag die, daß anstelle des Gemeinschuldners der Verwalter in das Vertragsverhältnis eintritt. Im übrigen wickelt sich der Vertrag so ab, wie es außerhalb des Konkurses der Fall gewesen wäre. Der Konkursverwalter hat vor allen Dingen den Kaufpreis zu zahlen. Er ist nach § 59 Ziff. 2 KO. als Masseschuld zu behandeln und geht als solcher allen übrigen Konkursforderungen gemäß § 57 KO. und den Massekosten gemäß § 60 KO. vor. Die Masseschuld wird durch einen Zwangsvergleich, der zwischen dem Gemeinschuldner und dem nicht vollberechtigten Gläubiger geschlossen wird, nicht berührt. Nach § 191 KO. hat der Verwalter Masseansprüche aus der Konkursmasse zu berichtigen. Mit Zahlung der letzten Rate fällt dann die Sache ipso iure in die Konkursmasse; anderseits kann der Verkäufer bei nicht rechtzeitiger Zahlung aussondern.

Dem Konkursverwalter steht es auch frei, die Erfüllung abzulehnen. Die Erklärung selbst kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Das Schweigen ist dann von Bedeutung, wenn der Verwalter vom anderen Teil zur Erklärung aufgefordert wird und diese nicht ohne Verzug abgibt.***) Welche Wirkung hat diese Willenserklärung? Schon in den Motiven****) ist auf die Wirkung der Erfüllungsablehnung hingewiesen und im Anschluß daran wird von Literatur und Rechtsprechung mit Recht angenommen, daß der Ver-

*) Staub, § 382, Anm. 80.
**) Mentzel, § 133, Anm. 1; Sydow-Busch, § 133, Anm. 1.
***) Jaeger, § 17 KO, Anm. 40.
****) Hahn, 4. Bd., S. 103.

trag weder mit rückwirkender Kraft aufgehoben, noch überhaupt in seinem rechtlichen Bestande davon berührt wird.*) Nach erfolgter Erfüllungsablehnung kann der Verwalter nicht mehr auf Erfüllung bestehen. Die Erklärung wirkt jedenfalls im Verhältnis von ihm zum Verkäufer. Bestritten ist jedoch, ob auch das Verhältnis des Verkäufers zum Gemeinschuldner berührt wird. Aus der Tatsache, daß ein Unterschied zwischen Konkursmasse und konkursfreiem Vermögen des Gemeinschuldners gemacht wird, schließen einige Schriftsteller**), daß es dem Kontrahenten überlassen bleibe, ob er Schadenersatz wegen Nichterfüllung im Konkurse oder Erfüllung außerhalb des Verfahrens verlangen will. Die Verfügungsmacht beschränken sie lediglich auf die Konkursmasse, übersehen jedoch, daß die abgegebenen Erklärungen den Vertretenen schlechthin binden. Aus diesem Grunde wird auch heute allgemein anerkannt, daß mit der Erfüllungsablehnung die rechtliche Gebundenheit des Verkäufers auch im Verhältnis zum Gemeinschuldner endige.***)

Die Wirkung der Erfüllungsablehnung ist also die, daß für die Zukunft die wechselseitigen Erfüllungsansprüche erlöschen. An ihre Stelle tritt, wenn der Verkäufer infolge der Ablenkung einen Schaden erleidet, eine einseitige Konkursforderung auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. § 26 Abs. 2 KO. DerVertrag selbst bleibt bestehen****), wenn auch mit der inhaltlichen Aenderung, daß die Verwirklichung der Ansprüche nicht mehr in der Form der Erfüllung sich vollzieht, sondern in der Weise, daß Ersatz des etwa entstehenden Schadens geleistet wird.*****)

In der Ablehnungserklärung des Konkursverwalters liegt auch ein Verzicht auf den Erwerb des Eigentums, auf Grund der unter EV. erfolgten Uebergabe. Es wurde schon darauf hingedeutet, daß die Erklärung des Verwalters über den Konkurs hinaus wirksam und der Gemeinschuldner an die Erklärung gebunden ist.******) Die Schwebezeit ist beendet und der Käufer hat gegenüber einer rei vindicatio keine Einrede mehr auf Grund bedingter Uebereignung.

---

*) Jaeger, § 17, Anm. 44; Wolff, § 17, Anm. 12; Sarvey-Bossert, § 17, Anm. 6; v. Wilmowski-Kurlbaum, § 17, Anm. 6; Staub, § 382, Anm. 83; RG 56, 239; 64, 207; 79, 211; 26, 94.

**) Petersen-Kleinteller, § 17, Anm. 11; Köhler, S. 133; Hellmann, S. 267; Seuffert, S. 190.

***) Jaeger, § 17 KO, Anm. 19; Wolff, § 17 KO, Anm. 6; v. Sarvey-Bossert, § 17, Anm. 6; KG $^{41}/_{135}$.

****) Staub, § 382, Anm 19.

*****) OLG Braunschweig, 10. Bd., S. 193.

******) Vgl. Jaffé, S. 91.

Welche Ansprüche stehen dem Gegner nach erfolgter Erfüllungsablehnung zu? In § 17 KO. werden keine aufgezählt. Zunächst muß darauf hingewiesen werden, daß ein eventueller Herausgabeanspruch des Verkäufers nicht in Frage kommt. Dem steht § 26 Abs. 1 KO. entgegen.*) Allgemein spricht § 26 KO. nur von einer Forderung wegen Nichterfüllung. Da die Erfüllung selbst ausgeschlossen ist, kann die Forderung höchstens auf Schadenersatz gehen. Dieses besagt auch deutlich Abs. 2 des eben zitierten Paragraphen; und zwar kann der Geschädigte das Erfüllungsinteresse geltend machen. Infolge der Ablehnung des Verwalters konzentriert sich das gegenseitige Schuldverhältnis in einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages.**) Dieser Anspruch ist lediglich eine Konkursforderung. Doch steht auch einer gleichzeitigen Geltendmachung des Anspruches auf Herausgabe des Eigentums nichts entgegen. „Denn der aufschiebend bedingte Eigentumsanspruch ist durch Erklärung des Konkursverwalters zu einem unbedingten Anspruch geworden, einerlei, ob die Kaufpreisforderung fällig war oder nicht".***) Dagegen ist die Geltendmachung des Rücktrittsrechts nach dem Wortlaut des § 26 Abs. 1 KO. ausgeschlossen.****). Denn das Rücktrittsrecht ist keine „Forderung", bringt vielmehr erst nach Ausübung eine solche hervor.

Zum Schluß soll noch eine dritte Möglichkeit in Erwägung gezogen werden, die sich aus § 17 KO. ergeben könnte. Es ist dies der Fall, in dem eine Entscheidung des Konkursverwalters nicht fällt, d. h. er sich weder für noch gegen die Erfüllung erklärt, und daß auch keine Aufforderung an ihn erfolgte. Nach der herrschenden Meinung*****) nimmt man an, daß das Schuldverhältnis in seinem Bestande durch den Konkurs nicht berührt wird, denn erst an die Ablehnung seitens des Verwalters knüpft das Gesetz dessen Umwandlung. Es kann also der Anspruch ruhig in der urprünglichen Gestalt geltend gemacht werden. Dies wurde ja auch obenstehend schon zum Ausdruck gebracht. Wird dem Verkäufer das Eigentum zurückerstattet, so muß er sich ohne weiteres von dem Verfahren fernhalten. Geschieht dies nicht, so nimmt eine Reihe von Schriftstellern an,******), daß schon durch die Konkurseröffnung der beiderseitige Erfüllungsanspruch sich in einen einseitigen Anspruch auf Ersatz umwandle. Der

*) Vgl. Mot. II, S. 91; Jaeger, § 26, Anm. 15; Jaffé, S. 93.
**) Jaeger, § 17, Anm. 44.
***) Staub, § 382, Anm. 90.
****) Jaeger, § 26, Anm. 17.
*****) Jaeger, § 17, Anm. 54 und die dort angegebene Literatur.
******) Fitting, S. 54; Stern, S. 25; Caspari, S. 50; Behrens, S. 34.

Verkäufer müßte sein Erfüllungsinteresse geltend machen und hiermit wären ihm Schranken gesetzt. Denn wenn das Konkursverfahren später wieder aufgehoben wird, könne weder der Verkäufer noch der Gemeinschuldner auf das ursprüngliche Vertragsverhältnis zurückgreifen. Mit Recht nimmt die herrschende Meinung an, daß erst die Erfüllungsablehnung des Verwalters das Vertragsverhältnis umwandle*); es tritt also durch die bloße Konkurseröffnung keine Umwandlung ein.

2. Das Aussonderungsrecht des § 43 KO.

Es wurde schon auf S. 27 dieser Arbeit gesagt, daß Gegenstände, die sich zwar im Besitz des Gemeinschuldners befinden, aber einem Dritten vermöge eines dinglichen oder persönlichen Rechts gehören, aus der Konkursmasse ausscheiden. Der Eigentumsvorbehalt an einem dem Gemeinschuldner verkauften und übergebenen Gegenstande begründet einen Aussonderungsanspruch nach § 43 KO.**) Er ist die Geltendmachung der Nichtzugehörigkeit eines Gegenstandes zur Konkursmasse.***) Die Aussonderung erfolgt auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts nach den außerhalb des Konkurses geltenden Gesetzen. Das will besagen, dasjenige Gesetz kommt in Anwendung, welches „maßgebend sein würde, falls der Gemeinschuldner nicht in Konkurs geraten wäre"****); das ist für unseren Fall das BGB. Dieses Gesetz gibt nicht nur an, welche Ansprüche als Aussonderungsmöglichkeiten in Frage kommen, sondern bestimmt auch den Umfang, sowie den Weg, auf welchem die Geltendmachung zu erfolgen hat; und ob der Anspruch an sich statthaft ist.*****)

Unter den dinglichen Rechten steht obenan das Eigentum, das geradezu „den Musterfall eines Aussonderungsanspruchs bildet"******) und dessen Geltendmachung sich nach den Grundsätzen des § 985 BGB. richtet. Der Verkäufer kann sich auf das ihm kraft des Vorbehalts verbliebene Eigentum stützen. Sein Anspruch ist die rei vindication. Während der Schwebezeit steht diesem Anspruch die Einwendung des Rechts zum Besitz aus § 986 entgegen. Besitzer der Sache nach Konkurseröffnung ist aber der Konkursverwalter, denn er hat nach § 117 KO. das Vermögen des Gemeinschuldners in Besitz genommen, daher kann auch er obige Einrede geltend machen. In der Ablehnungserklärung des Konkursverwalters wird ein Verzicht

*) Jaeger, § 17, Anm. 54.
**) RG 36, 307; JW 1907, S. 315; OLG 10, 198; 19, 210.
***) Mentzel, § 43, S. 196.
****) Mot. II, S. 158.
*****) Mentzel, § 43, Anm. 6; RG in JW 1906, S. 436.
******) Jaeger, zu § 43, Anm. 20; Mentzel, § 43, Anm. 5a.

auf das aus dem Vertrag resultierende Besitzrecht erblickt. Damit entfällt auch die sog. exceptio rei venditae et tratitae. Dieser Verzicht auf den Erwerb des Eigentums ist schon einseitig gültig.*) Ein Einverständnis des Verkäufers wird stets darin erblickt, daß dieser auf die Aeußerung des Käufers hin zurückverlangt.

Auch für den Fall, daß der Konkursverwalter eine Verzichterklärung nicht abgibt, kann der Verkäufer die Einrede des Verwalters aus § 986 BGB. in Verbindung mit § 17 KO. entkräften. Er muß dann nachweisen, daß der Gemeinschuldner bei Eröffnung des Konkurses in Schuldverzug war, vgl. S. 29. Diese Tatsache gibt dem Käufer ein Rücktrittsrecht, das durch den Konkurs nicht beeinträchtigt wird,**) und auch dem Verwalter gegenüber geltend gemacht werden kann. Erklärt der Gläubiger daher den Rücktritt, so verlangt er die gesetzliche Regelung des § 46 BGB. Voraussetzung für die Geltendmachung dieser Gegeneinrede ist der Nachweis des Verkäufers, daß die Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse mehr hat (§ 326 Abs. 2 BGB.). In beiden Fällen wird demnach der Verkäufer mit dem Aussonderungsanspruch auf Grund seines Eigentums Erfolg haben.

Eine andere Aussonderungsmöglichkeit ließe sich eventuell aus dem § 1007 BGB. — dem Recht aus früherem Besitz — herleiten.***) Der Anspruch setzt aber voraus, daß der gegenwärtige Besitzer beim Erwerbe schlechtgläubig war oder zwar gutgläubig, die Sache aber dem früheren Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. Der Käufer hat beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt den Besitz selbst von seinem Vertragsgegner übertragen erhalten; er wird beim Erwerb des Besitzes immer gutgläubig gewesen sein. Damit entfällt ein Anspruch auf Grund des § 1007 BGB.

Als Aussonderungsrecht käme ferner das mittelbare Besitzrecht des Verkäufers in Frage. Wenn auch der Besitz zwar kein Recht im engeren Sinne, sondern ein tatsächliches Verhältnis von Person zur Sache ist, so wird es doch wie ein Rechtsgut geschützt.****) Der Besitz hat jedenfalls eine rechtsähnliche Natur und man darf ihn auch im Sinne des § 43 KO. als einen Vermögensgegenstand „der dem Gemeinschuldner gehört oder nicht gehört" ansprechen.*****) Auch der mittelbare Besitzer genießt das Selbsthilferecht des § 859 BGB. und den gleichen Besitzschutz gegen Dritte wie der unmittelbare Besitzer,

*) Planck, II, § 305, Anm. 4.
**) Mentzel, § 17, Anm. 4, S. 58.
***) v. Tuhr, S. 275; Mentzel, S. 201.
****) Warneyer, Rspr. 1915, Nr. 299, RG 59, 326; 91, 60.
*****) Jaeger, § 43, Anm. 27.

der sich aber nur gegen Dritte auswirkt, § 950 BGB. Gegen den Kontrahenten hat der Verkäufer keinen Besitzanspruch, darum entfällt auch eine Aussonderungsmöglichkeit auf dieser Grundlage.

Dennoch kann dem Verkäufer auf Grund des Besitzverhältnisses auf andere Weise geholfen werden. Zwischen den Parteien bestand ein „besitzähnliches Verhältnis" analog den im § 868 aufgezählten Fällen, aus dem der Besitz hergeleitet wurde. Mit der Rücktrittserklärung des Verkäufers endet auch dieses Besitzverhältnis. Wie z. B. nach Beendigung des Leihvertrages gemäß § 604 BGB. eine Rückgabepflicht für den unmittelbaren Besitzer besteht, so hat auch nach Beendigung dieses ähnlichen Verhältnisses der Käufer eine obligatorische Herausgabepflicht. Auf Grund dieses persönlichen Rechts kann daher der Verkäufer nach § 450 BGB. i. V. mit § 868 BGB. die Herausgabe der Kaufsache verlangen.

Neben den dinglichen Rechten begründen auch obligatorische die Aussonderung einer Sache gemäß § 43 KO. Dies geht einmal aus dem eindeutigen Wortlaut des § 43 KO. hervor und wird andererseits in Schrifttum*) und Rechtssprechung**) einstimmig anerkannt, wenn der Anspruch auf die Herausgabe einer, dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Sache gerichtet ist. Man muß dem Verkäufer gerechterweise auf Grund der bona fides des ganzen Vertragsverhältnisses (§ 157 BGB.) außer dem sich aus dem Eigentum ergebenden dinglichen Herausgabeanspruch auch noch einen persönlichen aus der vertragsmäßigen Seite des EV. zubilligen. Die praktische Bedeutung zeigt sich erst dann, wenn der Käufer vom Nichteigentümer erworben hat.***) Der Käufer könnte dann unter dem Hinweis die Herausgabe verweigern, daß der Verkäufer niemals Eigentümer gewesen sei, er sich auch das Eigentum nicht hätte vorbehalten können. Die Verweigerung des Herausgebeanspruches würde aber gegen Treu und Glauben verstoßen, denn man wird sagen können, daß jedenfalls inter partes dem Verkäufer die Eigentümerstellung zugestanden werden sollte, und man muß ihm auch den obligatorischen Anspruch zubilligen. Dieser ist dann unter denselben Bedingungen gegeben, unter denen die rei vindicatio geltend gemacht werden kann. Die Aussonderung erfolgt demnach hier gemäß § 43 KO. in Verbindung mit dem § 455 und § 364 BGB. Ein anderes dingliches oder persönliches Recht als Grundlage für die Aussonderung kann beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt nicht in Betracht kommen.

---

*) Jaeger, § 43, Anm. 5, S. 666; Mentzel, § 43, S. 202; v. Wilmowski, S. 199, Abs. 5; Hellmann, S. 163; Kohler, S. 155; Seuffert, S. 193; Jaffé, S 60.
**) RG 84, 215; 63, 307; OLG, 13. Bd., S. 78; 19. Bd., S. 211; JW 1894, S. 181, Nr. 11.
***) Staub, § 382, Anm. 65; JW 94, 181; OLG, 19. Bd., S. 210.

3. Die Ersatzaussonderung des § 46 KO.

Eine Aussonderung setzt an sich voraus, daß der Aussonderungsgegenstand noch in der Masse vorhanden ist; und sie ist nicht mehr gegeben, falls der Verkäufer oder der Konkursverwalter die Sache veräußert hatten. Andererseits wird die Masse fast immer auf Kosten des Berechtigten — hier des Verkäufers — bereichert sein. Es ist daher ein Erfordernis der Billigkeit, daß dem Berechtigten in diesem Falle ein Schutz gewährt wird. Diesen gibt der Gesetzgeber in § 46 KO.

Durch diese Vorschrift wird sozusagen eine Erweiterung des Aussonderungsanspruches gegeben.*) Denn der Anspruch auf Aussonderung erstreckt sich auf die noch ausstehende oder noch unterscheidbar in der Masse befindliche Gegenleistung. Es muß aber hier wohl beachtet werden, daß nicht neue Ansprüche geschaffen werden sollen; § 46 KO. verstärkt nur bestehende.**) Das Recht aus § 46 KO. ist auf Abtretung und für den Fall, daß die Abtretung nicht mehr möglich ist, auf Herausgabe, also ein Surrogat der Abtretung gerichtet. Damit ist die auf Grund des § 46 KO. angestrengte Klage als Leistungsklage charakterisiert.***) Der Berechtigte kann danach von einem anderen (dem Konkursverwalter) ein Tun oder ein Unterlassen verlangen (§ 194 BGB.). Dies verwirklicht sich dahin, vom Konkursverwalter eine Leistung fordern zu können (§ 241 BGB.). Der Anspruch aus § 46 KO. ist daher ein obligatorischer, nicht aber ein dinglicher Anspruch. Diese Annahme wäre möglich, wenn die Gegenleistung, die nach der Eröffnung des Verfahrens zur Masse eingezogen wurde, als dingliches Surrogat aufgefaßt werden könnte.

Die Rechtslage in einem solchen Falle aber ist doch die, daß anstelle des Gegenstandes, an dem ein dingliches Recht bestand, das dingliche Surrogat tritt. Der Eigentümer wird dann ohne weiteres Berechtigter des Surrogats. Eine besondere rechtsgeschäftliche Uebereignung ist nicht notwendig. Der Eigentumsübergang vollzieht sich entgegen den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen. Die dingliche Surrogation tritt daher auch nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen ein****); z. B. in den Fällen der §§ 969, 1247, 1381, 1382, 2019, 2041 BGB. oder im § 45 Abs. 2 des preußischen Enteignungsgesetzes. Im Falle einer dinglichen Surrogation müßte dann eine Aussonderung des Surrogats nach § 43 KO. gegeben sein. Nach

*) Hellwig, S. 217 ff.
**) Jaeger, § 46 KO, Anm. 3.
***) Schneider, S. 23.
****) RG 94, 22; 105, 87; Mentzel, § 46, S. 216, Anm. 2b.

§ 46 KO. ist es nicht der Fall. Der ursprüngliche Anspruch ist erloschen. Die noch ausstehende Gegenleistung kann man nicht als ein Berechtigter verlangen, sie steht nur dem Gemeinschuldner zu. § 46 KO. gibt in einem solchen Falle nur das Recht, von dem Berechtigten die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung zu verlangen. Dies widerspricht dem Wesen des dinglichen Surrogats.*)

In der Literatur wird der Anspruch aus § 46 KO. vielfach als Masseforderung aufgefaßt.**) Doch ist dieser Ansicht nicht zuzustimmen. § 59 Ziff. 1 KO. spricht nur von Geschäften des Konkursverwalters, nicht aber von Geschäften oder Handlungen des Gemeinschuldners. § 46 ist aber auch in diesem Falle gegeben. Dasselbe gilt vom § 59 Ziff. 3 KO., denn bei einer Veräußerung durch den Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung ist wohl dieser bereichert gewesen, nicht aber die Masse als solche. Diese hat v o r Eröffnung noch gar nicht bestanden. Eine Bereicherung der Masse kann nach § 59 Ziff. 3 KO. nur in Frage kommen, wenn sie n a c h Eröffnung des Konkurses eingetreten ist.***) Oetker will den Anspruch selbständig aufgefaßt wissen.****) Schon deshalb wird diese Ansicht verfehlt sein, da, nach dem Wortlaut des Gesetzes zu urteilen, die durch dasselbe gewährten Ansprüche dieselben sind. Auch in den Motiven zur KO. wird betont, daß die Ansprüche aus § 46 KO. „dieselbe Natur haben".*****) Indem das Recht auf die Gegenleistung selbst anstelle des Aussonderungsgegenstandes tritt, ist es gleichsam selbst Gegenstand der Aussonderung geworden, wie in § 43 KO. Die herrschende Meinung faßt jedoch den Anspruch aus § 46 als Aussonderungsanspruch auf.******) Der Gesetzgeber hat schon durch die Einordnung dieser Vorschrift in dem Titel „Aussonderung" klar gestellt, daß die in den beiden Sätzen des § 46 KO. anerkannten Ansprüche als Aussonderungsansprüche wirken sollen. Trotzdem sind beide Vorschriften nicht wesensgleich. Sie kommen sich aber in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen sehr nahe. Dem ursprünglich Aussonderungsberechtigten steht nach § 46 KO. der Anspruch auf die Gegenleistung in vollem Umfange zu. Er ist nicht Massegläubiger, sondern Aussonde-

---

*) Mentzel, § 46, Anm. 2b; Jaeger, § 46, Anm. 4.
**) Seuffert, § 16, S. 100; Sydow-Busch, § 46, Anm. 2; Staud, § 293, Anm. 5; Petersen-Kleinfeller, S. 197.
***) Jaeger, § 59, Abs. 3, Anm. 1a.
****) Oetker, Zeitschr. f. Zivilproz., Bd. 25, S. 79 ff.
*****) Mot. II, S. 187; Schneider, S. 30.
******) Jaeger, § 46, Anm. 4; v. Wilmowski, § 46, Anm. 3; Wolff, § 46, Anm. 5; Sieburg, S. 41; Fitting, S. 41.

rungsberechtigter.*) Sein Recht wird vor den übrigen Konkursgläubigern befriedigt. Aus diesen Erwägungen heraus bezeichnet man den Anspruch aus § 46 KO. im Gegensatz zu der Aussonderung nach § 43 KO. im allgemeinen als Ersatzaussonderung.**) Er ist somit ein konkursrechtlicher Anspruch.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird für die Anwendbarkeit des § 46 KO. vorausgesetzt, daß es sich um Gegenstände handeln muß, die einmal aus der Konkursmasse hätten ausgesondert werden können, und die ferner der Gemeinschuldner v o r oder der Konkursverwalter n a c h der Konkurseröffnung veräußert hat. Unter Veräußerung wird man hier den Verlust eines Rechts zu verstehen haben, dem auf der andern Seite der Erwerb eines solchen gegenübersteht.***) Die Veräußerung muß endlich eine entgeltliche sein, da die Gegenleistung den Gegenstand des Anspruchs aus § 46 KO. bildet. Von einigen Schriftstellern wird hierzu noch verlangt, daß die Veräußerung dem Berechtigten gegenüber nach den Vorschriften „über den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten" wirksam sei. Ist die Veräußerung unwirksam, so könne der Berechtigte sich an den Dritten halten.****) Jaeger steht auf dem angegebenen Standpunkt, er begründet es damit, „daß doch der Aussonderungsberechtigte bei unwirksamer Veräußerung den Gegenstand vom Erwerber zurückverlangen kann. Daneben bleiben die Ansprüche bestehen, die aus einer Haftung des Konkursverwalters oder des Gemeinschuldners gegeben sind. Diese könne er nur nach den regelmäßigen Vorschriften als Masse- oder Konkursgläubiger verfolgen". Aber das Gesetz unterscheidet nicht zwischen einer wirksamen und unwirksamen Verfügung. Auch ist der gesetzgeberische Grund des § 46 nicht weniger gegeben, wenn die Verfügung unwirksam, wie wenn sie wirksam ist.*****) Das Reichsgericht hat sich ebenfalls auf diesen Standpunkt gestellt, indem es ausspricht: „Bei Einziehung einer fremden Forderung für den Ersatzaussonderungsanspruch komme es nicht darauf an, ob die Zahlung zur Masse gemäß § 407 BGB. gegenüber wirksam ist oder nicht." Auch in den Motiven wird betont, daß die Befugnisse, welche das Zivilrecht dem Berechtigten gewährt, weder eingeschränkt noch erweitert werden solle. Der Anspruch des Berechtigten auf Befriedigung aus der Konkursmasse steht allein hier in Frage. Dieser geht nicht dadurch verloren, daß der Berechtigte zugleich befugt ist, sein

*) Zeitschr. f. Ziv. Pro., Bd. 25, S. 71; Sarvey-Bossert, § 46, Anm. 5.
**) Jaeger, § 46, Anm. 4; Hellwig, i. Arch. f. ziv. Prax. 68. Bd., S. 248.
***) Schneider, S. 14.
****) Jaeger, § 46, Anm. 3.
*****) Mentzel, § 46, Anm. 2c.

Recht auf einem anderen Wege gegen den Dritten zu verfolgen. Auf diesem Standpunkt steht auch die herrschende Lehre.*) Bestritten ist ferner, ob durch § 46 KO. auch der Mehrerlös ausgesondert werden kann, der durch den Weiterverkauf erzielt wurde. Es wäre m. E. unbillig, wenn man den übrigen Konkursgläubigern den Anspruch auf einen Vorteil gewähren wollte, der aus einer nicht zur Konkursmasse gehörigen Sache gezogen ist.**) Unter den Anspruch fällt daher die tatsächlich erlöste Gegenleistung für die widerrechtlich verkauften Sachen.

Zu welchem Zeitpunkt muß nun das Aussonderungsrecht bestanden haben? In der Literatur herrscht Streit darüber, welcher Termin maßgebend sein soll. Nach der einen Ansicht ist die Konkurseröffnung***), nach einer anderen Meinung****) die Zeit der Veräußerung des Gegenstandes als Zeitpunkt für das Bestehen des Anspruches maßgebend. Nach einer dritten Auffassung*****) muß der Anspruch zur Zeit der gerichtlichen Geltendmachung und schließlich nach einer vierten Ansicht******) zur Zeit des Ersatzbegehrens bestanden haben.

Wichtiger als diese Streitfrage ist die Untersuchung darüber, ob die formellen Voraussetzungen des § 46 KO. zur Erhebung des Anspruches genügen, oder ob er auch materiell begründet sein muß. Nach einem Urteil des OLG. Stettin*******) wurde das Vorliegen der formalen Erfordernisse für genügend erachtet. „Es mache keinen Unterschied aus, ob der Kläger mit seinem Anspruch aus § 43 durchgedrungen wäre oder nicht." Diese Auffassung würde aber oft zu unbilligen Ergebnissen führen. Der Verkäufer könnte auch dann einen Ersatzaussonderungsanspruch geltend machen, wenn der Käufer gemäß Parteiabrede berechtigt war, einen Teil der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen zu veräußern. Mit Recht wird daher dem formellen Standpunkt nicht uneingeschränkt zugestimmt. Dann würde durch § 46 KO. im Konkurse oft ein Anspruch geschaffen, dem außerhalb des Verfahrens jede Rechtsgrundlage fehlte. § 46 KO. hat nur solche Fälle im Auge, wo der Gemeinschuldner, sei es befugt oder unbefugt, über eine fremde Vermögenssphäre verfügt und daher

*) Wolff, § 46, Anm. 3; Petersen-Kleinfeller, § 46, Anm. 1; v. Wilmowski-Kuhlbaum, § 46, Anm. 11; Hellmann, S. 165; Seuffert, S. 99; Fitting S. 271, Anm. 31.
**) Wolff, S. 228, Abs. 3; Jaeger, § 46, Anm. 3 a. M; Seuff. Arch. 68. Bd. 279.
***) OLG, Braunschweig in Seuff. Arch. 49, 380, Wolff, § 46, Anm. 6.
****) Fitting, § 22, Anm. 28; Jaeger; § 46, Anm. 6.
*****) Hellwig, Archziv. Prax. 68, 227; v. Wilmowski, § 46, Anm. 2; Sarvey-Bossert, § 46, Anm. 3.
******) Seuffert, § 16, S. 100.
*******) Seuff. Arch., 68. Bd., Nr. 163, S. 296.

den Anspruch als einen im materiell-fremden erworben hat.*) Auch das Reichsgericht hat in letzter Zeit die Auffassung vertreten.**)

Gerade die Notwendigkeit, den § 46 anzuwenden, wird auch beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt vorliegen. Dies gilt besonders für den Fall, daß der Gemeinschuldner die Kaufsache vor Konkurseröffnung unberechtigterweise weiter veräußert hat, was im täglichen Leben sehr oft vorkommt. Deshalb ist auch auf die rechtliche Natur des § 46 KO. und seine Anwendungsmöglichkeit näher eingegangen worden.

Sind die Voraussetzungen der Ersatzaussonderung gegeben, so muß, wie durch die Anordnung des § 46 KO. schon angedeutet, bei der Anwendung dieser Gesetzesvorschrift unterschieden werden, ob die Gegenleistung noch aussteht oder nicht. Ist das erstere der Fall, dann kann der Gläubiger die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung verlangen, § 46 Satz 1 KO. Dabei ist es gleichgültig, ob das Kaufobjekt vom Gemeinschuldner oder Konkursverwalter veräußert wurde. Ist dagegen die Gegenleistung schon bewirkt worden, dann ist zu unterscheiden, ob sie vor oder nach Konkurseröffnung zur Masse geflossen ist.

Ist die Gegenleistung v o r Eröffnung des Konkurses erfolgt, dann ist eine Ersatzaussonderung nicht gegeben. Die Gegenleistung erhielt der Schuldner, das Geld wurde Gegenstand seines Vermögens und verfiel als solches dem Konkursbeschlag gemäß § 1 KO. Es besteht für den Verkäufer nur die Möglichkeit, seine Forderung nur als gewöhnliche Konkursforderung nach § 3 KO. geltend zu machen; er erhält also nur anteilweise Befriedigung.***)

Bei Leistung des Drittschuldners n a c h Eröffnung des Verfahrens floß diese zur Masse und der Verkäufer kann nach § 46 Satz 2 KO. die Gegenleistung aus der Masse fordern.****) Die Ersatzaussonderung ist also nur gegeben, wenn die Gegenleistung noch a u s s t e h t oder wenn sie n a c h Konkurseröffnung erfolgt und unterscheidbar in der Masse ist. Letzteres wird deshalb gefordert, weil die Aussonderung nur an individuell bestimmten Gegenständen möglich ist. Nach der Ansicht einer überwiegenden Mehrheit greift der Anspruch aus § 46 KO. dann nicht durch, wenn das in die Masse geflossene nicht

*) OLG Kiel, Seuff. Arch. 68. Bd., Nr. 163, II, S. 297; Jaeger, § 46, Anm. 3; a. A. Mentzel, § 46, Anm. 3b.
**) RG in Jur. Rundsch. 1927, 3. Heft. (Entsch. d. 7. Zivilsen. v. 19 11. 1926).
***) Jaeger, § 46, Anm. 12; Mentzel, § 46, Anm. 3; Sydow-Busch, § 46, Anm. 2; Oetker in ZZP, Bd. 25, S. 74, RG 94, 301; Petersen-Kleinfeller, S. 179.
****) Mentzel, § 46, Anm. 3; v. Wilmowski, § 46, Anm. 8; Willenbücher, S. 100.

mehr unterscheidbar in ihr vorhanden ist.*) Ist eine Unterscheidung nicht möglich, und bei Geldleistungen wird dies fast immer der Fall sein, dann hat der Verkäufer einen Masseanspruch.**) Diesen kann er nach § 59 Ziff. 3 KO. als Massegläubiger wegen rechtloser Bereicherung der Masse geltend machen und bei Verschulden des Konkursverwalters sogar vollen Schadensersatz fordern (§ 59 Ziff. 1 KO.).

4. Die Konkursforderung des restlichen Kaufpreises.

Die Aussonderung der unter EV. veräußerten Kaufsache geht auf Herausgabe derselben und erfolgt unabhängig vom Konkursverfahren. Dem Verkäufer steht es aber auch frei, die Kaufpreisforderung geltend zu machen. Durch die Eröffnung des Konkurses wird der Vertrag in seinen rechtlichen Beziehungen nicht berührt und der obligatorische Erfüllungsanspruch besteht fort. Auch die Aussonderung bezw. die Ersatzaussonderung haben darauf unmittelbar keinen Einfluß. Allerdings fällt im Verfolgen des Kaufpreisanspruches die Vorrangstellung des Verkäufers als Massegläubiger, die ihm auch noch im Falle der Ersatzaussonderung zusteht, weg. Er muß sich mit der Stellung eines gewöhnlichen Konkursgläubigers begnügen. Diese wird ihm durch § 3 KO. gewährleistet. Der Gesetzgeber hat in dieser Vorschrift den Begriff „Konkursgläubiger" genau festgelegt. Konkursgläubiger sind nach Abs. 1 alle persönlichen Gläubiger, die einen erzwingbaren, bei Konkurseröffnung begründeten und aus dem Vermögen des Gemeinschuldners zu erfüllenden Anspruch haben.***) All diese Voraussetzungen treffen hier zu. Der Anspruch war schon vor der Konkurseröffnung begründet, fußt auf dem obligatorischen unbedingten Kaufvertrage und ist auch ein Vermögensanspruch, d. h. eine aus dem Vermögen des Gemeinschuldners zu entrichtende Leistung. Endlich ist die Leistung auch erzwingbar, d. h. im Wege des staatlichen Rechtsschutzes feststellbar und durchsetzbar. Von dieser Möglichkeit wird der Gläubiger besonders dann Gebrauch machen, wenn die Sache beim Käufer durch Gebrauchsüberlassung an Wert eingebüßt hat, oder Aussicht auf eine hohe Konkursdividende besteht. Auch in Rechtslehre und Judikatur****) wird die Möglichkeit einer Anmeldung der Kaufpreisforderung als Konkursforderung bejaht.

---

*) Fitting, § 22, Anm. 30; Jaeger, § 46, Anm. 47; Mentzel, 46, Anm. 3; Sydow-Busch, § 46, Anm. 3, RG 94, 25; 98, 140.
**) Sydow-Busch, § 46, Anm. 3; RG 98, 150.
***) Jaeger, § 3, Anm. 1.
****) Seuff. Arch. 50, 151; LZ, 1907, 515; Staub, § 382, Anm. 95a.

Von besonderer Bedeutung ist hier, ob im Falle eines Zwangsvergleichs das Eigentum mit Zahlung der Vergleichsrate auf den Käufer übergeht. Zunächst ist zu beachten, daß ein rechtskräftig bestätigter Zwangsvergleich auch den Verkäufer — da nur gewöhnlicher Konkursgläubiger — betrifft, ja sogar dann, wenn er an der Beschlußfassung über den Vergleich nicht teilgenommen oder gegen den Vergleich gestimmt hat. (§ 193 KO.). Nun wird aber die Vergleichsrate meistens niedriger sein als die dem Verkäufer zustehende Restforderung. Es ist mit dem Rechtsempfinden aller gerecht und billig Denkenden sowie mit dem Zweck des EV. unvereinbar, wenn mit Zahlung dieser Quote das Eigentum an der Kaufsache auf den Gemeinschuldner überging. Da nun der EV. in seiner rechtlichen Wirkung der Sicherungsübereignung (§ 223 Abs. 2 BGB.) sehr nahe kommt, so bleibt, wie bei dieser, der Zwangsvergleich unschädlich, soweit die dingliche Sicherung reicht. (§ 193 Satz 2 KO.).*) Das Eigentum geht also mit Zahlung der Vergleichsrate noch nicht auf den Käufer über; vielmehr bleibt der Verkäufer, wenn er bei Durchführung des Konkursverfahrens einen Teil des Kaufpreises in Gestalt der Konkursdividende erhalten hat, wegen seiner Restforderung (§ 164 KO.) durch den EV. geschützt.

5. Kann der schon geleistete Teil des Kaufpreises zurückgefordert bezw. aufgerechnet werden?

Da der Kauf unter EV. ein zweiseitiger Vertrag ist, auf beiden Seiten also Rechte und Pflichten auslöst, soll auch untersucht werden, ob dem Gemeinschuldner aus diesem Vertragsverhältnis Rechte erwachsen. Es ist in vorstehenden Ausführungen gezeigt worden, daß der Verkäufer auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts die Herausgabe der Kaufsache verlangen kann. Als ein eventuelles Recht des Gemeinschuldners käme nur die Kondizierung etwa geleisteter Anzahlungen in Betracht.

Hat der Verkäufer auf Grund seines dinglichen Rechts die Sache zurückgefordert, ohne den Rücktritt zu erklären, so besteht für beide Teile die Leistungspflicht aus dem Kaufvertrage fort. Bietet der Käufer seine volle Leistung an, dann muß der Verkäufer die Sache dem Käufer wieder herausgeben.**)

---

*) Jaeger, § 193, Anm. 6; § 26, Anm. 15; Sydow-Busch, § 193, Anm. 6. Jaffé, S. 99; Seuff. Arch. 50, S. 151; RG 78, 77; 71, 364; JW 1909, S. 361;

**) Crome, II, S. 413; Dernburg, II, S. 19, RG 7, 150; andere Ansicht Lilienthal-Goldmann, S. 516, Anm. 2 der in der Rücknahme der Kaufsache eine Ausübung des Rücktrittsrechts sieht.

Lehnt der Konkursverwalter die Erfüllung ab, dann erlöschen für die Zukunft die wechselseitigen Erfüllungsansprüche. An ihre Stelle tritt ein einseitiger Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Auf Grund des Erfüllungsanspruches hat der Käufer seine Zahlungen geleistet. Dieser Rechtsgrund ist aber durch die Erklärung weggefallen. Zwar kann der Verkäufer wegen Verschlechterung der Kaufsache einen entsprechenden Betrag zurückhalten.*) Kann er auch den Mehrwert behalten? Das kann nicht Rechtens sein.

Der Bereicherungsanspruch ergibt sich unter dem Gesichtspunkte späteren Wegfalls des rechtlichen Grundes (causa finita), insofern das nun inhaltlich verwandelte Schuldverhältnis ein Behalten jenes Mehrwertes nicht rechtfertigt, d. h. die condictio causa finita gegeben ist (§ 812 Abs. 1 Satz 2 BGB.)**) Doch ist dieser Auffassung nicht allgemein zugestimmt worden. Von der Rechtsprechung ist mit Berufung auf den Fortbestand des Vertrages behauptet worden, ein Bereicherungsanspruch bestehe nicht.***) Andere meinen,****), daß der Konkursverwalter nur dann den Anspruch auf Rückzahlung geltend machen könne, wenn er von der Gegenpartei an der Ablehnungserklärung festgehalten wird. Fehle diese Zustimmung auf der Gegenseite, so könne der Verwalter nicht zurückfordern, denn einseitig könne der Vertrag nicht aufgehoben werden. Sie kommen dann auch zu einer Ablehnung des § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB. Eine solche Entscheidung kann aber oft zu unbefriedigenden Lösungen führen, wie es das Reichsgericht in einer späteren Entscheidung selbst zugibt.*****) Das Vorliegen einer condictio causa finita kann nicht wegen der Tatsache des bloßen Fortbestehens des Vertrages abgelehnt werden. Nicht auf den Vertrag kommt es im Falle des § 812, I Satz 2 BGB. an, sondern auf die Verpflichtung, die als Rechtsgrund der Leistung anzusehen ist. Dies folgt auch aus der Analogie des § 813 Abs. 1 BGB. Dort gilt trotz Fortbestehen des Vertrages der Rechtsgrund als nicht vorhanden, wenn dem Erfüllungsanspruch eine dilatorische Einrede entgegenstand, um wieviel mehr hier, wenn der Anspruch völlig erloschen ist, das ja durch die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters geschieht. Man wird also dem Gemeinschuldner bezw. dem Konkursverwalter den Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB. zugestehen können.

---

*) RG 46, 99.
**) Vgl. Jaeger, § 17 KO, Anm. 46; Wolff, § 17, Anm. 4; § 26, Anm. 4; Sarvey-Bossert, Anm. 26 zu § 17; Düringer-Hachenburg, S. 174.
***) Seuff. Arch. 42, Nr. 176; OLG 10, S. 194, RG 56, 281.
****) v. Wilmowsky-Kurlbaum, § 17, Anm. 6.
*****) RG 73, 51; vgl. auch das Beispiel bei Jaeger zu § 17, Anm. 46.

Im Anschluß daran wird die Frage interessieren, ob der Verkäufer gegen diesen Bereicherungsanspruch mit einer anderen Forderung, die ihm gegen den Gemeinschuldner zusteht, aufrechnen kann. Natürlich muß es sich um eine Forderung handeln, die dem Verkäufer schon aus der Zeit vor der Konkurseröffnung zustand. Das Aufrechnungsrecht des Gläubigers im Konkurse bestimmt sich im allgemeinen nach den bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen, soweit nicht durch die §§ 53 ff. KO. eine lex specialis vorliegt. Die allgemeinen Erfordernisse für eine Aufrechnung sind nach § 387 BGB.: Gültigkeit, Gleichartigkeit, Gegenseitigkeit und Fälligkeit der Ansprüche. Durch § 54 KO. wird dieser Rahmen erweitert. Forderung und Gegenforderung brauchen bei Konkursbeginn noch nicht fällig zu sein. Andererseits unterliegt die Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers im Interesse der par condicio creditorum erheblichen Einschränkungen: bereits im Augenblick der Konkurseröffnung muß die Gegenseitigkeit der Forderungen bestehen. (§ 55 KO.). Es wird also nach dieser Vorschrift scharf zwischen Ansprüchen gegen die Konkursmasse und solchen gegen den Gemeinschuldner persönlich zu scheiden sein. Von diesem Standpunkt aus ist die Frage der „verschärften" Gegenseitigkeit zu prüfen.

Bei Geltendmachung der Aufrechnung seitens des Gläubigers wird sich der Konkursverwalter auf § 55 KO. berufen und dartun, daß der persönlichen Forderung an den Gemeinschuldner eine Verbindlichkeit gegenüberstehe, die der Gläubiger nach Eröffnung des Verfahrens „zur Masse schuldig geworden ist", d. h. so schuldig geworden, daß das Forderungsrecht zur Konkursmasse gehört.*) Es mangele also an der verschärften Gegenseitigkeit und die Aufrechnung sei nach § 55 Ziff. 1 KO. unzulässig. Der Verkäufer dagegen wird sich seinerseits auf § 54 KO. stützen und die verlangte Gegenseitigkeit mit dem Hinweis zu entkräftigen versuchen, daß außer der persönlichen Vertragsforderung auch vor dem Verfahren die Forderung auf Rückgewähr der Anzahlung dem Käufer persönlich zustand, vorerst allerdings bedingt unter der Suspensivbedingung des Eintritts der Nichterfüllung. Doch sei dies belanglos, da ja gerade § 54 für diesen Fall die Aufrechnung billige.

Der Kernpunkt der Streitfrage ist hier der, ob der Bereicherungsanspruch vom Gemeinschuldner nur persönlich oder vom Konkursverwalter als zur Masse gehörig geltend gemacht werden kann. Damit ein Anspruch zur Masse gehört, ist es nach § 1 Abs. 1 KO. notwendig, daß er schon zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens dem

*) Jaeger, § 55 KO, Anm. 4.

Gemeinschuldner zustand. Vielfach wird die Massezugehörigkeit des Bereicherungsanspruches als selbstverständlich aufgefaßt.*) Wenn man aber berücksichtigt, daß der Wegfall des Rechtsgrundes erst infolge der Erfüllungsverweigerung des Verwalters, also erst nach Konkurseröffnung eintritt, dann kann man auch eine gegenteilige Ansicht stützen. Der Gläubiger braucht also mit der Aufrechnung nicht bis zum Eintritt der Bedingung zu warten.**) Die Forderung auf Rückerstattung der Anzahlung bestand schon zur Zeit der Konkurseröffnung für den Gemeinschuldner und ist daher gemäß § 54 Abs. 1 KO. aufrechenbar.

6. Die Wirkungen des Eigentumsvorbehalts bei vereinbarter auflösender Bedingung.

Ein Hauptgrundsatz, der unser ganzes Rechtsleben beherrscht, ist der der freien Parteivereinbarung. Bei einem Kaufabschluß unter EV. bleibt es den Parteien unbenommen, den Vertrag auch unter einer auflösenden Bedingung abzuschließen. Es wurde schon betont, daß § 455 BGB. eine Auslegungsregel ist und nur da Platz greift, wenn die Parteien nichts besonderes vereinbart haben.

Es wird aber im Interesse des Verkäufers liegen, nicht eine Resolutivbedingung zu vereinbaren, denn die Wirkung des resolutiv bedingten Rechtsgeschäftes würde sofort eintreten, wie wenn es unbedingt erfolgt wäre. (§ 158, II BGB.). Die auflösende Bedingung ist „nichts anderes, als eine besondere Gestaltung des rechtserzeugenden Willens."***) Dies entspricht nicht dem Sinn des EV., der die Sicherung des Verkäufers bezweckt.

Die Rechtslage im Falle einer vereinbarten auflösenden Bedingung ist doch die, daß der Verkäufer die Sache übergibt und übereignet. Die Uebereignung ist aber resolutiv bedingt, d. h. sie fällt weg, wenn der Käufer seinen Vertragspflichten nicht nachkommt. Der Käufer ist aber vor Eintritt der Bedingung der rechtmäßige Eigentümer mit aller daraus fließenden Macht. Für den Eintritt oder Ausfall der Bedingung gilt dasselbe wie bei der vereinbarten aufschiebenden Bedingung. Aus dem Wesen und der Wirkung einer auflösenden Bedingung folgt, daß im Falle des Konkurses die Stellung des Verkäufers wesentlich ungünstiger ist, als in dem bisher behandelten Fall.

Was zunächst das Wahlrecht des Konkursverwalters anbetrifft, so entfällt es hier. Es mangelt ja an der Voraussetzung des beiderseitig noch nicht oder nicht vollständig erfüllten Vertrages. Hier

*) Vgl. Jaeger, § 54, Anm. 11.
**) Seuffert, S. 231.
***) Staudinger, zu § 158 Erklärung 7.

liegt klar auf der Hand, daß der Verkäufer nichts mehr zu erfüllen hat (§ 17 KO. kann also nicht zur Anwendung kommen.*) Ebenso entfällt auch ein Aussonderungsrecht auf Grund dinglichen Rechts — des vorbehaltenen Eigentums — das der Verkäufer ja bis zum Eintritt der Bedingung aufgegeben hat. Desgleichen greift die Aussonderung auf Grund eines obligatorischen Rechts nicht durch, da es nur auf denselben Voraussetzungen geltend gemacht werden kann, wie die rei vindicatio. Der Verkäufer kann trotz Bedingungseintritt, der hier nach § 158 Abs. 2 BGB. den früheren Rechtszustand wieder herstellt, die Sache nicht aus der Konkursmasse herausverlangen. Wohl ist vereinzelt die Ansicht**) vertreten, daß a conto der Wirkung von § 158, II BGB. die Leistung nicht mehr im Eigentum des Gemeinschuldners stehe. Allein § 26 KO. verhindert trotzdem eine Rückgabe und bestimmt: Wenn infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt, so ist der andere Teil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung zu verlangen. Streng genommen ist auch die konkursmäßige Befriedigung — die Auszahlung der Konkursdividende — eine Erfüllung. Allein es steht außer Zweifel, daß gerade die infolge der Konkurseröffnung eintretende Erfüllungsmodifikation eine Nichterfüllung im Sinne des § 26 Abs. 1 Satz 1 KO. ist.***) § 26 KO. steht also der Vorschrift des § 158, II BGB. entgegen und ist mit dem verfolgten Zweck nicht vereinbar. Der ausdrücklich bedungene Eigentumsrückfall ist der Norm des § 26 unterworfen, aber nur für den Fall, daß Auflösungsgrund die Nichterfüllung ist, und diese als unmittelbare oder mittelbare Folge des Konkurses eintritt.****) Eine Rückgabe der Kaufsache ist daher ausgeschlossen. Somit bleibt für den Gläubiger nur die Möglichkeit bestehen, seine Kaufpreisforderung als Konkursforderung geltend zu machen. Die Voraussetzungen hierfür liegen vor. Allerdings bleibt er mit seiner Forderung auf die Konkursdividende beschränkt. Wegen dieser schlechten Stellung besonders im Konkurs wird ein Eigentumsvorbehalt mit auflösender Wirkung selten abgeschlossen.

---

*) andere Ansicht Staub zu § 382 Anm. 91.

**) Wilmowski-Kurlbaum, § 26, Anm. 6.

***) Jaeger, § 26, Anm. 11; RG 17, 83.

****) Jaeger, § 26, Anm. 15 und 16; Fitting, § 6, Anm. 65; Oetker in ZZP, 14. Bd., S. 16.

II. Im Konkurse des Verkäufers.

Zum Schluß soll noch kurz auf die Stellung des Käufers im Konkurse des Verkäufers eingegangen werden. Hier ist die Lage des Käufers wesentlich ungünstiger als im umgekehrten Falle.

Zunächst soll der Normalfall — der Eigentumsübergang ist aufschiebend bedingt — betrachtet werden. Die Schwebezeit ist noch nicht beendet, da der Käufer den Kaufpreis noch nicht vollständig bezahlt hat. Der Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises fällt in die Konkursmasse nach § 1 KO. Der Konkursbeschlagnahme unterliegt ja das gesamte der Zwangsvollstreckung nicht unterworfene Vermögen des Gemeinschuldners. Die persönliche Forderung aus dem Kaufvertrage ist aber in § 850 ZPO. bei den unpfändbaren Forderungen nicht vermerkt.

Zahlt der Käufer trotz Mahnung und Fristsetzung nicht, so kommt er in Schuldnerverzug. Damit entfällt der Schwebezustand und der Konkursverwalter kann die Sache selbst auf Grund des Eigentumes vom Käufer herausverlangen.

Auch wird man dem Konkursverwalter in diesem Falle das Wahlrecht des § 17 KO. zugestehen müssen, denn der Vertrag ist ja beiderseits noch nicht vollständig erfüllt. Im übrigen sei hierzu auf die Ausführungen auf Seite 24 ff. verwiesen. Der Käufer muß auf Verlangen des Verwalters die Sache herausgeben. Die exceptio rei venditae et traditae steht ihm nicht zu.*) Seine Bereitwilligkeit zur Erfüllung nützt ihm nichts. Die schon von ihm geleisteten Anzahlungen kann er nur als gewöhnliche Konkursforderung anmelden. Er kann daher nur mit prozentualer Befriedigung rechnen und ist somit unverschuldet schlechter gestellt, als wenn er durch eigenes Verschulden den Rücktritt des Verkäufers bewirkt hätte.

Doch ist dem Käufer im letzten Falle neben der Rückforderung des angezahlten Kaufpreises ein Ersatzanspruch nach § 26 Satz 2 KO. zuzubilligen. Durch die Erfüllungsablehnung des Verwalters nach § 17 KO. ist das Schuldverhältnis gelöst worden. Der andere Teil kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder Aufhebung als Konkursgläubiger geltend machen.**) Eine Masseschuld nach § 59 Ziff. 1 KO. liegt hier nicht vor. Diese Folgerung schließt § 26 Satz 2 KO. ausdrücklich aus.***) Wenn der Gemeinschuldner vor Eröffnung des Verfahrens seine Forderung auf den Kaufpreis an einen Dritten abgetreten hat, so stehen sämtliche Ansprüche aus dem Kaufvertrage

*) Jaeger, § 17, Anm. 14; Fußhöller, S. 32.
**) Jaeger, § 26 KO, Anm. 17.
***) Jaeger, § 26 KO, Anm. 19.

dem Zessionar zu, insbesondere auch der Anspruch auf Herausgabe der Sache. Denn diesem Anspruch ist der Charakter eines Sicherungsmittels zuzubilligen, welches gemäß § 401 BGB. mit der Abtretung der sicherungsbedürftigen Forderung auf deren Erwerber übergegangen ist.*)

Bei Vereinbarung einer auflösenden Bedingung ergibt sich hier folgende Rechtslage: Das auf den Käufer übergegangene Eigentum ist auflösend bedingt. Das zukünftige ungewisse Ereignis ist das Ausbleiben der Zahlung des Kaufpreises nach Ablauf einer angemessenen Frist seit Eingehung des Vertrages. Das durch die Bedingung geschaffene Anwartschaftsrecht des Verkäufers auf Rückerwerb des Eigentums fällt in die Konkursmasse, desgleichen der Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises. Mit Eintritt der Resolutivbedingung fällt das Eigentum an der Sache an den Gemeinschuldner zurück und gelangt, da es sich als Surrogat des bisher zur Masse gehörenden Anwartschaftsrechtes darstellt, ebenfalls in die Konkursmasse.**)

§ 17 KO. findet auch hier keine Anwendung, da im Augenblick der Konkurseröffnung der Verkäufer nicht mehr aus dem Vertrage zu leisten hat.

Der Anspruch des Verkäufers auf den Kaufpreis wird durch den Konkursverwalter gegen den Käufer geltend gemacht. Dem Käufer andererseits steht der Anspruch auf Lieferung der Kaufsache zu. In dieser Gestalt kann er jedoch den Anspruch nicht erheben. Vielmehr muß er seine Forderung nach ihrem Schätzungswerte in Reichswährung geltend machen. Während er selbst also den Anspruch des Verkäufers in voller Höhe befriedigen muß, muß er sich mit der auf ihn entfallenden Konkursdividende begnügen. So unbillig dieses Ergebnis auf den ersten Blick zu sein scheint, so muß man doch von dem Gedanken ausgehen, daß es lediglich eine Folge der Zahlungsversäumnis des Käufers ist. Hätte dieser seine Schuld pünktlich beglichen, so würde er Eigentümer der Sache geblieben sein und von dem Verfahren nicht weiter berührt werden.

Zwischen der Aussonderung und der Anmeldung der Kaufpreisforderung bestehen keinerlei hindernde Beziehungen. Durch Anmeldung der Konkursforderung und Anerkennung derselben erlischt der EV. nicht. Ebenso, wie mit dessen Geltendmachung nicht der Kaufvertrag aufgelöst wird und damit auch nicht die Ansprüche aus diesem insbesondere also die Kaufpreisforderung hinfällig werden, so gilt

*) Schlotter in LZ, 11. Bd. S. 49.
**) Jaeger, § 1, Anm. 62.

auch umgekehrt, daß die Erhebung der Kaufpreisforderung die Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts nicht hindert und sie nicht ausschließt.*) Aussonderung und Anmeldung der Kaufpreisforderung sind durchaus nebeneinander möglich.**) Der Verkäufer bleibt dann, wenn er bei Durchführung des Konkursverfahrens einen Teil des Kaufpreises in Gestalt der Konkursdividende erhalten hat, wegen seiner Restforderung durch § 164 KO. geschützt.

*) Staudinger, § 455, IVb; Recht 07, Nr. 1005, Nr. 1044.
**) Jaffé, S. 98; Jaeger, § 26, Anm. 15; Behrens, S. 47; Seuff. Arch. 50, 151.

Lebenslauf.

Am 17. März 1900 wurde ich in Alt Wette, Kreis Neisse OS. als Sohn des Mühlenbesitzers Karl Franke geboren. Nachdem ich am 18. Juni 1920 die 1. Lehrerprüfung am Seminar zu Ziegenhals bestanden hatte, war ich 3 Jahre im Bankfach tätig. Am 29. September 1925 unterzog ich mich mit Erfolg der Reifeprüfung als Extraner an der Oberrealschule zu Oppeln. Sodann studierte ich 8 Semester Rechtswissenschaften an der Universität Breslau und bestand am 9. Oktober 1929 die erste juristische Staatsprüfung und am 22. Juli 1930 das Piprosum. Gegenwärtig befinde ich mich als Referendar am Landgericht Neisse OS. zur weiteren Ausbildung.

Alt Wette, den 26. Juni 31. *K. Franke.*